Die Bürgschaft

nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuche des Deutschen Reichs.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Hermann Herms

Gerichtsassessor.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Rostock.

Carl Boldt'sche Hof-Buchdruckerei.

1900.

Referent: Prof. Dr. **Bernhöft.**

Meiner Mutter!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552717_0030

Litteratur.

Arndts: Pandekten 6. Aufl.
Dernburg: Pandekten 5. Aufl.
Windscheid: Pandekten 7. Aufl.
Girtanner: Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte.
Hasenbalg: Die Bürgschaft des gemeinen Rechts.
Geib: Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechtes.
Sokolowski: Die Mandatsbürgschaft nach dem römischen und gemeinen Recht.
Bunsen: Einführung in das Bürgerliche Gesetzbuch.
Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts.
Endemann: Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts.
Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Neumann: Commentar zum B. G. B.
Oertmann: Commentar zum B. G. B. (Schuldverhältnisse.)
Fischer und Henle: Commentar zum B. G. B.
Planck: Commentar zum B. G. B.
Becker und Fischer: Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines B. G. B. Heft 11.
Stobbe-Lehmann: Deutsches Privatrecht.
Mantey: Abhandlung in Gruchot's Beiträgen Bd. 42 S. 545.
La Roche: Der Regress des Bürgen nach gemeinem Deutschen Rechte unter Berücksichtigung des Entwurfs des Deutschen B. G. B.
Rothenberg: Abhandlung im Archiv für civilistische Praxis Bd. 77 S. 322 ff.
Rothenberg: Abhandlung in Gruchot's Beiträgen Bd. 33 S. 364 ff.

Unger: Abhandlung in Jehring's Jahrbüchern Bd. 29 S. 1 ff.
Weyl: Vorträge über das B. G. B.
Schollmeyer: Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. B.
Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts 3. Aufl.
Motive zum Entwurfe eines B. G. B. (Amtliche Ausgabe.)
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B.
Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B.

Inhaltsübersicht.

Seite.

§ 1. Einleitung 9
§ 2. Stellung der Bürgschaft im System des B. G. B. 10
§ 3. Begriff der Bürgschaft 11
§ 4. Konstruktion der Bürgschaftsverpflichtung 18
§ 5. Eingehung der Bürgschaft 20
§ 6. Rechtsverhältnis des Bürgen zum Gläubiger 24
§ 7. Fortsetzung. Von den Einreden des Bürgen insbesondere 31
§ 8. Subsidiarität der Haftung des Bürgen 39
§ 9. Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner und der Rückgriff des Bürgen 46
§ 10. Die gesetzliche Forderungsübertragung auf den Bürgen insbesondere 51
§ 11. Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner auf Grund besonderer Rechtsbeziehungen 57
§ 12. Rechtsverhältnis bei Mehrheit der Bürgen 61
§ 13. Beendigung der Bürgschaft 63
§ 14. Der Kreditauftrag 68

§ 1. Einleitung.

Das Bürgschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehört zu denjenigen Teilen desselben, welche sich eng an das römische Recht anschliessen. Der Begriff der Bürgschaft ist der römisch-gemeinrechtliche, und die einzelnen Begriffsmomente haben eine ganz ähnliche Ausgestaltung wie im gemeinen Recht gefunden. Nach altem deutschen Recht hat die Bürgschaft bekanntlich den Charakter eines Vergeiselungsvertrages, in welchem der Bürge dem Gläubiger sich selbst zum Pfand giebt und durch welchen der Gläubiger in der ihm als wadium übergebenen Person des Bürgen zunächst befriedigt erscheint, in der Art, dass der Schuldner den Bürgen auslösen kann. Aus dieser Natur der alten Bürgschaft ergab sich die Unvererblichkeit derselben, die ursprünglich eine absolute war, mit dem Eindringen des römischen Rechts aber eine relative in dem Sinne wurde, dass sie durch Vereinbarung auf die Erben erstreckt werden konnte. Daneben gewann die Bürgschaft den Charakter einer solidarischen Verpflichtung neben der Hauptschuld, so dass der Gläubiger nach seiner Wahl zuerst den Hauptschuldner oder den Bürgen belangen konnte, auch bildete sich in einigen Rechten die Subsidiarität der Bürgschaftshaftung heraus, sei es, dass der Gläubiger, um gegen den Bürgen vorgehen zu können, den Hauptschuldner nur vergeblich zur Zahlung aufgefordert, oder aber denselben ausgeklagt haben musste. Seit der Rezeption des römischen Rechts

galt in Deutschland römisches Bürgschaftsrecht, dessen Sätze hauptsächlich durch den Grundsatz der Accessorietät, der Subsidiarität im Sinne der vorherigen Ausklagung des Hauptschuldners und des Grundsatzes der geteilten Haftung bei Mehrheit der Bürgen beherrscht sind. Auch die modernen Privatrechts-Kodifikationen schliessen sich überwiegend an das römische Bürgschaftsrecht an. Dadurch war es gerechtfertigt, das Bürgschaftsrecht des B. G. B. auf den römischen, in das deutsche Rechtsbewusstsein übergegangenen Grundsätzen aufzubauen. Damit sind die vereinzelten Bestimmungen des alten deutschen Rechts, die sich partikularrechtlich bis in die neueste Zeit erhalten hatten, wie in Mecklenburg der durch die Landesreversalen von 1621 sanktionierte Satz der Unvererblichkeit der Bürgschaft, endgültig beseitigt. Nur insofern enthält das neue Bürgschaftsrecht einen Anklang an altdeutsches Recht, als bei Mitbürgen der Grundsatz der Gesamthaftung angenommen ist.

§ 2. Stellung der Bürgschaft im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Während die Bürgschaft im System des gemeinen Rechts eine Unterart des allgemeineren Begriffs der Interzession, d. h. der Übernahme einer fremden Schuld in fremdem Interesse bildet, steht dieselbe im B. G. B. im besonderen Teil der Schuldverhältnisse als ein Vertrag eigener Art da, indem die gemeinrechtlichen Vorschriften über die Interzessionen im allgemeinen, insbesondere das Verbot der Interzession von Frauen, darin keine Aufnahme gefunden haben. Diese selbständige Stellung der Bürgschaft im B. G. B. tritt auch insofern hervor, als dieselbe nicht mehr, wie von manchen gemeinrechtlichen Schriftstellern, mit dem Garantievertrag in Zusammenhang gebracht wird. Das B. G. B. ist in letzterer Beziehung namentlich nicht der Auffassung von Windscheid

gefolgt, wonach derjenige Garantievertrag, durch welchen man sich zum Ersatz des dem Gläubiger durch die Nichterfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners entstehenden Schadens verpflichtet, als eine besondere Form des Bürgschaftsvertrages behandelt wird. Wenn weiter die Bürgschaft im System des gemeinen Rechts im Zusammenhang mit dem Kreditauftrag erörtert wird und dies seine Berechtigung in der für das gemeine Recht vielfach aufgestellten Ansicht findet, dass derselbe im Bürgschaftsvertrage aufgegangen sei oder eine Form desselben bilde, so können diese Gründe nach der Regelung, welche der Kreditauftrag im B. G. B. erfahren hat, nicht mehr für eine Zusammenstellung von Bürgschaft und Kreditauftrag in Betracht kommen. Wenn gleichwohl der Kreditauftrag in dem von der Bürgschaft handelnden 18. Titel des 7. Abschnitts im B. G. B. geregelt ist, so erklärt dies sich lediglich aus äusseren, später zu erörternden Gründen. Der einzige Vertrag, der wegen seines gleichen wirtschaftlichen Zweckes sowohl als wegen des gemeinsamen Grundcharakters des accessorischen Haftungsverhältnisses mit der Bürgschaft zusammengestellt werden könnte, der Pfandvertrag, hat im B. G. B. ebenso wie vorherrschend in den Darstellungen des gemeinen Privatrechts wegen seiner überwiegenden sachenrechtlichen Beziehungen seinen Platz im Sachenrecht gefunden. Die praktische Folge, die sich aus dieser Behandlung des Bürgschaftsvertrages als eines Vertrages sui generis im B. G. B. ergiebt, ist die, dass die für die Bürgschaftserklärung bestimmte Formvorschrift auf die bezeichneten, der Bürgschaft verwandten Verträge keine Anwendung finden.

§ 3. Begriff der Bürgschaft.

Unter Bürgschaft oder Bürgschaftsvertrag versteht man im gemeinen Recht den Vertrag, durch welchen sich jemand (der Bürge) einem Gläubiger zu dessen Sicherheit

neben dem Schuldner verbindet, vergl. Dernburg II § 76 und die verschiedenen bei Hasenbalg S. 51 angeführten Definitionen. Es besteht aber Streit darüber, ob der Begriff des Bürgschaftsvertrages ein einheitlicher und vorwiegend nach den Regeln der römischen fidejussio zu behandeln sei. Und zwar dreht sich der Streit einerseits darum, ob zwischen fidejussio und constitutum debiti alieni noch ein Unterschied nach der Richtung zu machen sei, dass der Bürge bei ersterer lediglich die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich erstrecke und dadurch Correalschuldner werde, bei letzterer dagegen eine besondere Verbindlichkeit von gleichem Leistungsinhalt für sich begründe und sich dadurch zum blossen Solidarschuldner mache. Andererseits wird auch darüber gestritten, ob der Kreditauftrag mit in dem allgemeinen Bürgschaftsvertrage aufgegangen, bezw. eine Form desselben sei. Dem gegenüber stellt das B. G. B. einen einzigen und einheitlichen Begriff des Bürgschaftsvertrages ohne Unterscheidung verschiedener Arten oder Formen desselben auf, was um so berechtigter erscheint, als auch von den Vertretern der gegnerischen Ansicht im gemeinen Recht zugegeben wird, dass der von ihnen noch aufrecht erhaltene Unterschied zwischen fidejussio und constitutum debiti alieni vom heutigen Volksbewusstsein nicht mehr empfunden werde.

Es wird sich zeigen, dass der Begriff der Bürgschaft im B. G. B., was die Hauptmerkmale desselben betrifft, derselbe wie der oben für das gemeine Recht definierte ist und dass nur im einzelnen die Begriffsmerkmale in unwesentlichen Punkten anders ausgestaltet sind. Man wird den Bürgschaftsvertrag des B. G. B. definieren können als den (obligatorischen) Vertrag, durch welchen sich eine Person (der Bürge) einem Gläubiger gegenüber zwecks Sicherung desselben neben dem Schuldner verpflichtet, die Verbindlichkeit des letzteren zu erfüllen.

Die Bürgschaft charakterisiert sich demnach nach wie vor durch den Zweck der Sicherung des Gläubigers, der auch dem Garantievertrag innewohnt. In der im § 765 B. G. B. enthaltenen Legaldefinition: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Verbindlichkeit des Dritten einzustehen", ist der Sicherungszweck der Bürgschaft nicht in unzweideutiger Weise zum Ausdruck gebracht. Es wurde bei den Beratungen der zweiten Gesetzgebungskommission — vergl. die Protokolle dazu II S. 461 — nicht verkannt, dass die Ausdrucksweise „für die Erfüllung einer Verbindlichkeit einstehen" besonders auch für den eigentlichen Garantievertrag gebraucht werde, dessen Wesen im Gegensatz zur Bürgschaft darin besteht, dass der Garantierende sich zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der jemandem aus einem rechtlichen oder thatsächlichen Ereignis erwächst. Da jedoch in keiner Weise ersichtlich ist, dass die juristische Eigenart des Bürgschaftsvertrages gegenüber dem Garantievertrag eine Veränderung erleiden sollte, so geht die Verpflichtung des Bürgen nach wie vor in erster Linie dahin, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners zu erfüllen, und der Bürge ist nur dann anstatt zur Erfüllung zum Schadensersatz verpflichtet, wenn nach den allgemeinen Regeln über die Verpflichtung zur Leistung des Interesse wegen vertragswidrigen Verhaltens in der Person des Hauptschuldners oder des Bürgen selbst die Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht eingetreten sind.

Geschlossen wird der Bürgschaftsvertrag zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen, eine Mitwirkung des Schuldners ist unwesentlich, der Vertrag kann sogar ohne oder auch gegen den Willen des Schuldners geschlossen werden. Nur für die Verbindlichkeit eines Dritten, nicht für die eigene kann man sich verbürgen. Die durch die Bürgschaft zu sichernde Verbindlichkeit kann irgend welcher Art sein, nur muss es sich um eine

solche handeln, deren Erfüllung durch einen anderen als den Schuldner überhaupt rechtlich möglich ist, wodurch die Verbürgung für eine Verbindlichkeit ausgeschlossen wird, die ihren besonderen Inhalt gerade durch die Persönlichkeit des Schuldners erhält. Doch können derartige Verbindlichkeiten mittelbar insofern durch Bürgschaft versichert werden, als der Bürge sich von vornherein blos zu dem vom Hauptschuldner wegen etwaiger Nichterfüllung zu leistenden Schadensersatze verpflichtet, ein Fall bedingten Bürgschaftsvertrages, der dem Garantievertrag nahekommt, sich aber von demselben noch insofern wesentlich unterscheidet, als der Bürgschaftsgläubiger zwei Schuldner, einen Haupt- und einen accessorischen Schuldner hat, während der Garantievertrag das Vorhandensein eines Schuldners neben dem Garantierenden nicht zur wesentlichen Voraussetzung hat.

Die durch Bürgschaft zu versichernde Verbindlichkeit kann auch eine befristete, eine bedingte und eine zukünftige sein, von welchen Fällen das Gesetz nur die beiden letzten ausdrücklich hervorhebt, vergl. § 765 Abs. B. G. B. Im übrigen muss dieselbe eine gültige, d. h., sie darf nicht eine nichtige sein, wogegen die Verbürgung für eine bloss anfechtbare Verbindlichkeit zulässig ist; das letztere ergiebt sich ohne weiteres aus dem § 770 B. G. B., wonach sich der Bürge auf die Anfechtbarkeit der Hauptverbindlichkeit, und zwar in der Form einer dilatorischen Einrede berufen kann. Die Naturalobligationen des römischen Rechts, die wenigstens zum Teil Gegenstand der Bürgschaft sein konnten, sind im B. G. B. grösstenteils verschwunden. Es ist jedoch die Frage der Zulässigkeit der Verbürgung noch aufzuwerfen bei dem verjährten Anspruch, bei der Spiel- und Wettschuld, sowie bei der Schuld aus dem Differenzgeschäft. In diesen Fällen ist nach dem B. G. B. eine Klage auf Erfüllung nicht gegeben, doch sind diese Ansprüche in gewissen Beziehungen mit Rechtswirkungen ausgestattet.

Anlangend zunächst den verjährten Anspruch, so kann das zur Befriedigung eines solchen Geleistete nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist, auch kann nicht ein vertragsmässiges Anerkenntnis eines verjährten Anspruchs oder die für einen solchen gemachte Sicherheitsleistung rückgängig gemacht werden, und der Gläubiger eines verjährten Anspruchs kann immer noch aus den für denselben bestellten Pfandrechten, Hypotheken und zur Sicherung übertragenen Rechten Befriedigung suchen. Die Verbürgung für einen verjährten Anspruch wird nach dem B. G. B. für zulässig zu erachten sein. Freilich ist diese Frage im gemeinen Recht ausserordentlich bestritten, — vergl. Windscheid I § 112 Note 4 und die dort angegebene Litteratur, — doch muss dieselbe vom Standpunkt des Verjährungsrechtes des B. G. B., welches sich zwar an die Klagenverjährung des gemeinen Rechts anschliesst, im übrigen aber auf etwas verschiedener Grundlage unter Berücksichtigung des praktischen Bedürfnisses aufgebaut ist, — vergl. Planck, Bem. vor § 194 — in obigem Sinne beantwortet werden. Denn der § 222 des B. G. B. giebt dem Verpflichteten nach Vollendung der Verjährung nur die Berechtigung, die Leistung zu verweigern, also nur eine Einrede, (vergl. den gleichlautenden Ausdruck im § 770 B. G. B.), es muss aber die Bürgschaft für einen verjährten Anspruch in gleicher Weise begründet werden können, wie sie bei erst nachträglich eingetretener Verjährung der Hauptverbindlichkeit in Gemässheit des § 768 B. G. B. fortdauert, zumal auch die Legaldefinition im § 765 B. G. B. keinerlei Ansprüche, insbesondere nicht diejenigen, denen gegenüber der Schuldner das Recht zur Verweigerung der Leistung hat, von der Möglichkeit der Sicherung durch Bürgschaft ausnimmt. Es kommt endlich noch in Betracht, dass der Verpflichtete selbst den verjährten Anspruch durch Sicherheitsleistung und vertragsmässiges Anerkenntnis sichern

kann, wobei zu bemerken ist, dass die Nichterwähnung der Verbürgungsmöglichkeit im § 222 B. G. B. sich daraus erklärt, dass darin offenbar nur das Verhältnis des Schuldners, nicht aber dasjenige von dritten Personen zum Gläubiger geregelt werden soll; es kann daher aus der beschränkten Aufzählung der Wirkungen eines verjährten Anspruchs in den §§ 222, 223 ein argumentum e contrario gegen die hier vertretene Ansicht nicht entnommen werden.

Dahingegen kann die Spiel- und Wettschuld und die nach § 764 B. G. B. gleich zu behandelnde Schuld aus einem Differenzgeschäft nicht verbürgt werden, obwohl auch diese Verbindlichkeiten, wenn sie erfüllt sind, einer Anfechtung nicht unterliegen. Denn hier beruht die Unzulässigkeit, die gemachte Leistung zurückzufordern, nicht auf dem Gedanken, dass im Grunde eine rechtsverbindliche Schuld vorliege, der nur aus Zweckmässigkeitsrücksichten die Klagbarkeit entzogen ist, sondern ist vielmehr singulärer Natur und erklärt sich aus der Absicht des Gesetzgebers, — vergl. Cosack II S. 560, — die fraglichen Geschäfte gänzlich aus dem Rechte auszuweisen, ohne den Verlierer gegenüber dem Gewinner zu bevorzugen. Damit stimmt überein, dass das Gesetz ausdrücklich im § 762 festsetzt, dass durch Spiel oder Wette „eine Verbindlichkeit“ nicht begründet werde, während § 768 B. G. B. gerade eine „Verbindlichkeit“ bei der Bürgschaft voraussetzt.

Mit dem Erfordernis des Vorhandenseins einer Verbindlichkeit ist der Bürgschaft der accessorische Charakter aufgeprägt. Daraus folgt, dass mit der Ungültigkeit der Verbindlichkeit des Hauptschuldners auch die Bürgschaft hinfällig wird und die letztere sich überhaupt in vollkommener rechtlicher Abhängigkeit von der ersteren befindet. Dieses Prinzip der accessorischen Haftung des Bürgen ist im B. G. B. streng durchgeführt, es ist insbesondere nicht durch positive Bestimmungen, wie sie das

gemeine Recht hat, durchbrochen. Eine Verletzung dieses Prinzips ist nicht darin zu finden, dass der Bürge die rechtliche Mangelhaftigkeit der Hauptverbindlichkeit nicht immer in derselben Weise geltend macht wie der Hauptschuldner, wie es z. B. bei der Anfechtbarkeit der Hauptverbindlichkeit der Fall ist, auf welche sich der Bürge im Gegensatz zum Hauptschuldner nur durch dilatorische Einrede berufen kann. Auch kann es nicht als eine Ausnahme in gedachter Richtung bezeichnet werden, dass die Verbürgung für künftige Verbindlichkeiten gestattet ist (Personalkaution, Kreditbürgschaft), weil hier die Wirkung des Bürgschaftsversprechens von der nachträglichen Entstehung einer Verbindlichkeit abhängig ist.

Aus dem Prinzip der Accessorietät der Bürgschaft folgt weiter, dass sich der Bürge als solcher nicht zu einem Mehr, zu einer anderen Leistung oder unter lästigeren Bedingungen im Vergleich zu dem Hauptschuldner verpflichten kann. Giebt der Bürge ein solches weitergehendes Versprechen ab, so kann dasselbe, soweit es das Mass der Verpflichtung des Hauptschuldners übersteigt, nach dem Willen der Parteien als Schenkungs- oder sonstiges Schuldversprechen Geltung haben. Ist das letztere aber nicht der Fall, so ist gemäss § 139 B. G. B. der ganze Bürgschaftsvertrag als nichtig zu behandeln, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den absolut nichtigen Teil abgeschlossen wäre, was wohl meistens der Fall sein wird. Verspricht der Bürge eine andere Leistung, als der Hauptschuldner schuldet, so liegt darin möglicherweise ein neben dem eigentlichen Bürgschaftsvertrage mit dem Gläubiger über eine Leistung an Erfüllungsstatt abgeschlossener Vertrag, der natürlich der Gültigkeit des Bürgschaftsvertrages keinen Eintrag thut.

Der Bürge verbindet sich neben dem Hauptschuldner, er befreit diesen also nicht von seiner Verbindlichkeit. Dadurch unterscheidet sich die Bürgschaft von der (privativen) Schuldübernahme.

Keine Besonderheit des Begriffes der Bürgschaft ist mit der Bezeichnung einer Bürgschaft als Nach- oder Afterbürgschaft und als Rückbürgschaft gegeben. Unter ersterer wird der Vertrag verstanden, durch welchen sich ein Gläubiger die Verbindlichkeit seines Bürgen durch eine neue Bürgschaft, und unter Rückbürgschaft eine solche, durch welche sich ein Bürge seinen künftigen Regressanspruch gegen den Hauptschuldner versichern lässt. Für beide Fälle gelten die allgemeinen Regeln. Ob dies auch für die sog. Schadlosbürgschaft gilt, verneint Cosack II S. 572 und bejaht Endemann I S. 862. Das Richtige wird sein, dass dann, wenn der sich Verpflichtende nach dem Willen der Parteien allgemein für den aus der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners entstehenden Schaden haften soll, Garantievertrag vorliegt, dass es sich dagegen um wahre Bürgschaft handelt, wenn der „Schadlosbürge" nur den vom Hauptschuldner nicht zu erlangenden Rest des Schuldbetrages leisten soll. In letzterem Falle würden sich die dispositiven Regeln des Gesetzes dahin ändern, dass die vorherige Ausklagung des Hauptschuldners ohne Ausnahme zu erfolgen hätte und eine Klagebedingung für die Inanspruchnahme des Bürgen bilden würde.

§ 4. Konstruktion der Bürgschaftsverpflichtung.

Es fragt sich, ob der Bürge nach dem B. G. B. mit dem Hauptschuldner in einer „einigen" Obligation, die nur verschiedene subjektive Beziehungen hat, steht, oder ob Bürgschaft und Hauptschuld eine Mehrheit von Schuldverhältnissen bilden. Die Frage wird in letzterem Sinne zu beantworten sein, weil die Bürgschaft einen Fall eines Gesamtschuldverhältnisses im Sinne des § 421 B. G. B. darstellt und dieses als eine Mehrheit von Schuldverhältnissen aufgefasst werden muss. Zwar nimmt Endemann I § 154 Anm. 4 am Schluss, jedoch ohne Begründung, in Abrede, dass der Bürge Gesamtschuldner

sei. Doch folgt dies aus den §§ 427, 431 B. G. B., wonach Schuldner einer unteilbaren Leistung stets, einer teilbaren Leistung im Zweifel (sc. wenn nicht Teilung besonders vereinbart ist) als Gesamtschuldner haften, wenn sie sich gemeinschaftlich zu derselben durch Vertrag verpflichtet haben, wobei es — vergl. Planck Bem. zu § 427 — keinen Unterschied macht, ob die gemeinschaftliche Verpflichtung in einem oder durch verschiedene, nicht uno actu abgeschlossene Verträge übernommen ist. Allerdings ist Bürgschaft und Hauptschuld ein besonders geregeltes, durch das Prinzip der Accessorietät stark modifiziertes Gesamtschuldverhältnis, was jedoch den Grundcharakter derselben nicht verändert. Bezüglich des Gesamtschuldverhältnisses spricht sich nun zwar das Gesetz ausdrücklich weder für das Prinzip der Einheit noch für das der Mehrheit der Obligationen aus, es beschränkt sich vielmehr darauf unter Statuierung nur einer Art des Gesamtschuldverhältnisses die Wirkungen desselben im einzelnen zu regeln, indem es — vergl. Motive II S. 156 — bei den einzelnen Bestimmungen „die Rücksicht auf die Sachgemässheit, auf den Zweck des Instituts und die Bedürfnisse des Verkehrs" entscheiden liess. Zwei Bestimmungen deuten jedoch darauf hin, dass dem einheitlich geregelten Gesamtschuldverhältnis des B. G. B. das Mehrheitsprinzip zu Grunde liegt, nämlich im § 425 Abs. 2 einmal die, dass die Unterbrechung und Hemmung der Verjährung, sowie die, dass das rechtskräftige Urteil schlechthin, also auch das aberkennende nur für und gegen denjenigen Gesamtschuldner wirken, in dessen Person diese Thatsachen eintreten. Beides lässt sich mit der Theorie der Einheit des Gesamtschuldverhältnisses nicht vereinigen, denn auch in den römischen Quellen — vergl. l. 4 C. 8, 39 de duobus reis stipulandi et promittendi — ist es gerade als charakteristische Eigentümlichkeit der einheitlichen Korrealobligation bezeichnet, dass die von einem Korrealgläubiger oder gegen einen Korreal-

schuldner bewirkte Unterbrechung der Verjährung auch für die anderen Gläubiger bezw. gegen die anderen Schuldner wirke, und es nimmt auf Grund der l. 42 § 3 D. 12,2 de iureiurando wenigstens die herrschende gemeinrechtliche Theorie an, dass das im Prozesse ergehende Urteil, das einen Anspruch aberkennt, gegen alle Korrealgläubiger und für alle Korrealschuldner wirke, auch wenn sie nicht am Prozesse teilgenommen haben, und dass dies in der Einheit der Korrealobligation begründet sei, vergl. Windscheid II § 295. Es kommt aber für die Annahme, dass dem Gesamtschuldverhältnisse des B. G. B. das Mehrheitsprinzip zu Grunde liege, auch in Betracht, dass die una obligotio mit ihrer Mehrheit der subjektiven Beziehungen eine römischrechtliche, dem einheimischen Volksbewusstsein fremde Rechtsbildung ist, das B. G. B. aber augenscheinlich einfache und mit dem deutschen Rechtsbewusstsein im Einklang stehende Rechtsbegriffe schaffen wollte. Der hier entwickelten Auffassung des Gesamtschuldverhältnisses scheint auch Seuffert in den Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines B. G. B. 6, Heft 11 S. 53 Abs. 1 am Schluss zuzuneigen, indem er die zweckmässigen Bestimmungen des Gesetzes für geeignet hält, „die mystische Theorie von der Einheit der Gesamtobligation zu zerstören".

§ 5. Eingehung der Bürgschaft.

Fähig, sich als Bürge zu verpflichten, ist jeder, der sich überhaupt durch Verträge verpflichten kann. Das B. G. B. kennt nicht mehr die Vorschriften des römischen Rechts, wonach sich Frauen, die interzediert haben, durch Berufung auf das sc. Vellejanum, ihrer Verpflichtung entziehen können, Ehefrauen die Interzession für ihre Ehemänner und den curiales, Soldaten und Geistlichen alle oder gewisse Arten der Bürgschaft untersagt, sowie auch

die Interzessionen durch den gesetzlichen Vertreter erschwert waren, sodass keine geschäftsfähige Person mehr von der Berechtigung zur Eingehung einer Bürgschaft ausgeschlossen ist.

Während nach dem gemeinrechtlichen Prinzip der Formlosigkeit der Verträge die Bürgschaft ohne Form eingegangen werden kann und die Erwägungen, dass Interzessionsgeschäfte häufig unüberlegt abgeschlossen werden und dadurch Gefahren mit sich bringen, im römischen und gemeinen Recht nur zu einer Einschränkung bezw. Erschwerung der Interzessionen von gewissen Personenklassen geführt haben, ist in Rücksicht auf diese Gründe im B. G. B. allgemein durch den § 766 zwar nicht für den Bürgschaftsvertrag, aber für die Bürgschaftserklärung die Schriftform eingeführt. Hiernach muss die Bürgschaftserklärung in Beihalt des § 126 Abs. 1 B. G. B. in einer schriftlichen Urkunde abgegeben und von dem Bürgen eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden, während die Annahmeerklärung des Gläubigers formlos abgegeben werden kann. Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt nach § 126 Abs. 3 B. G. B. auch für die Bürgschaftserklärung die Schriftform. Die Unterlassung dieser Formvorschriften hat gemäss § 125 Satz 1 Nichtigkeit der Bürgschaft zur Folge. Mit der nachträglichen Erfüllung der Hauptverbindlichkeit durch den Bürgen fällt die der Formvorschrift zu Grunde liegende ratio weg, und es schreibt deshalb das B. G. B. im § 766 Satz 2 vor, dass dadurch der Mangel der Form geheilt werde, wobei der Ausdruck „Erfüllung“ offenbar in der allgemeineren Bedeutung als Schuldtilgung aufzufassen ist, sodass auch die übrigen schuldtilgenden Akte, wie Leistung an Erfüllungsstatt, Aufrechnung u. s. w. die bezeichnete Wirkung haben. Der angeführten ratio legis entspricht es, dass der Bürge die gemachte Leistung selbst dann nicht von dem Gläubiger

zurückfordern kann, wenn er sie in Unkenntnis der Ungültigkeit der Bürgschaft bewirkte.

Dass die Bürgschaftserklärung gerade den Ausdruck „Bürge“ oder „sich verbürgen“ enthalte, kann nach dem B. G. B., ebensowenig wie dies nach der Entscheidung des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 31 S. 266 für das gemeine Recht anzunehmen war, nicht für erforderlich gehalten werden, es muss vielmehr genügen, dass der erkennbare Wille der Parteien auf den Abschluss einer Bürgschaft gerichtet war. In dieser Beziehung ist es namentlich von Bedeutung, den Verbürgungswillen von dem Willen, sich zum gewöhnlichen Gesamtschuldner zu machen, zu unterscheiden, da sich auch in letzterer Weise der Zweck, den Gläubiger wegen seines Anspruchs zu sichern, verwirklichen lässt, die juristischen Wirkungen der Bürgschaft aber nicht nur im Hinblick auf die blos accessorische und subsidiäre Haftung des Bürgen, sondern auch insofern ganz erheblich von denjenigen des gewöhnlichen Gesamtschuldverhältnisses abweichen, als der Bürge die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner bis zum vollen Betrage der von ihm zur Befriedigung des Gläubigers gemachten Leistung, der gewöhnliche Gesamtschuldner dagegen nach § 426 B. G. B. wenigstens regelmässig nur bis zur Höhe seines Kopfteils durch cessio legis erwirbt. Da das wesentliche Begriffsmerkmal der Bürgschaft im Gegensatz zum gewöhnlichen Gesamtschuldverhältnis das accessorische Verhältnis der ersteren bildet, welches anders als die Subsidiarität der Haftung und die meisten anderen Vorschriften über die Bürgschaft nicht wegbedungen werden kann, ohne dass dieselbe ihren Charakter als Bürgschaft verliert, so muss, wenn eine kumulative Schuldübernahme als Bürgschaft wirken soll, der Wille der Parteien erkennen lassen, dass der hinzutretende Schuldner nur in völliger rechtlicher Abhängigkeit von dem Hauptschuldner haften soll. Zur Erklärung dieses Willens wird zwar in den allermeisten Fällen von den Parteien der

Ausdruck der „Verbürgung“ gebraucht werden. Frage der Auslegung des einzelnen Falles ist es, ob nicht auch schon in der blossen Erklärung des Schuldners „solidarisch“ neben einem anderen zur Sicherheit des Gläubigers haften zu wollen, die Übernahme einer Bürgschaft zu erblicken ist, wobei zu beachten sein wird, dass die Eingehung einer Bürgschaft im Verhältnisse zur Begründung eines gewöhnlichen Gesamtschuldverhältnisses das bei weitem gewöhnlichere Mittel der Sicherung eines Gläubigers ist.

Wenn nach oben vertretener Ansicht der Richter in Zukunft die Bürgschaftsverträge regelmässig nicht mehr nach der Richtung zu prüfen haben wird, ob der Bürge die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich erstreckt oder eine besondere Verbindlichkeit für sich begründet habe, so fragt sich doch, ob nicht der besonderen Vereinbarung eines Bürgschaftsverhältnisses nach Art der römischen fidejussio Bedeutung beizumessen ist. Eine solche Vereinbarung wird, da das B. G. B. die fidejussio in ihrer hervorgehobenen Eigenart nicht mehr kennt, nur insofern Bedeutung haben können, als die Parteien damit haben bestimmte einzelne Rechtswirkungen, wie sie der fidejussio eigen waren, vereinbaren wollen, was durch die allgemeine Erklärung, eine fidejussio begründen zu wollen, noch nicht erreicht wird. Zu beachten ist jedoch dabei, dass im öffentlichen Interesse erlassene Vorschriften von zwingendem Rechtscharakter der Parteidisposition nicht unterliegen, mithin z. B. die Bestimmungen über die Wirkung des rechtskräftigen Urteils und über die Verjährung nicht erweitert werden können, was jedoch nicht ausschliesst, dass nach obligatorisch wirkender Parteiabrede ein Gesamtschuldner eine an sich blos gegen einen anderen Gesamtschuldner wirkende Thatsache in gewisser Beziehung gegen sich gelten lassen soll. Zutreffend bemerkt hierzu Planck in den Bem. zu § 425 sub 3, dass es einer ausdrücklichen Vereinbarung in letzterer Beziehung nicht bedürfe, was bei den Berathungen der zweiten Gesetzgebungskommission von einer Seite behauptet wurde.

Nach der von Girtanner für das gemeine Recht aufgestellten Ansicht — vergl. S. 330 — kann eine Bürgschaft nicht bloss zu dem Zwecke, um den Gläubiger gegen faktische, sondern auch um ihn gegen juristische Ereignisse zu sichern, eingegangen werden. Girtanner sagt aber selbst, dass sich diese Frage nicht aus der mutmasslichen Absicht des Bürgen bestimmen lasse, sondern nach dem Charakter, welchen das Recht dem Institute der Bürgschaft beigelegt habe, entschieden werden müsse, der nur aus den Bestimmungen des positiven Rechts entnommen werden könne. Eine ausdrückliche Bestimmung enthält das B. G. B. nach dieser Richtung nicht, gleichwohl kann wohl nicht bezweifelt werden, dass bei der strikten Durchführung des Prinzips der Accessorietät der Bürgschaft im B. G. B. an eine Wirksamkeit der Bürgschaft ohne das Vorhandensein einer Hauptschuld nicht gedacht werden kann, dass daher „die Verbürgung" zu dem Zwecke, dass der Bürge die Hauptverbindlichkeit gerade im Falle ihres Unterganges* erfülle, als dem Wesen der heutigen Bürgschaft widersprechend angesehen werden muss und nur als Garantievertrag, der einer Form nicht bedarf, Geltung beanspruchen kann.

§ 6. Rechtsverhältnis des Bürgen zum Gläubiger.

Der Vertrag, durch welchen sich der Bürge verpflichtet, kann auch für den Gläubiger gegenüber dem Bürgen Verpflichtungen festsetzen, z. B. ihm die Leistung

* Anm. Ein Bedürfnis, sich gegen den ohne Befriedigung erfolgten Untergang eines Anspruchs zu sichern, wird nach dem B. G. B., welches das römische Institut der restitutio in integrum nicht mehr kennt, kaum noch anzuerkennen sein. Ähnlich wie die restitutio in integrum in Rom, wirkt heute allerdings der Zwangsvergleich im Konkurs, doch ist im § 193 der K. O. bestimmt, dass die Rechte der Gläubiger gegen Bürgen des Gemeinschuldners durch den Zwangsvergleich nicht berührt werden.

einer Prämie auferlegen, wodurch der Bürgschaftsvertrag zugleich den Charakter eines Versicherungsvertrages erhält. Dann liegt ein zweiseitiger, d. h. beide Parteien berechtigender und verpflichtender Vertrag vor, und der Gläubiger haftet dem Bürgen nach Massgabe seines Versprechens. Hiervon abgesehen, begründet der Bürgschaftsvertrag als ein einseitiger Vertrag lediglich für den Bürgen Verpflichtungen, während der Gläubiger nur berechtigt wird. Hieraus folgt, dass der Gläubiger dem Bürgen gegenüber auch nicht zur Diligenz bei Einziehung der Forderung vom Hauptschuldner verpflichtet ist und überhaupt in der Behandlung des letzteren die Interessen des Bürgen nicht zu berücksichtigen braucht, was namentlich auch bei der Gewährung einer Stundung an den Hauptschuldner zutrifft, welche den Regressanspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner gefährden kann. Natürlich kann der Bürge der letzteren Gefahr dadurch begegnen, dass er den Gläubiger befriedigt oder im Hinblick auf die zunehmende Vermögensverschlechterung des Hauptschuldners einen Arrest gegen denselben erwirkt, was nach § 916 Abs. 2 der C. P. O. auch bei nicht fälliger Forderung zulässig ist. Nach der hier vertretenen Ansicht kann auch der sich auf die römischen Quellen (l. 62 D. 46,1 de fideiussoribus et mandatoribus, Nov. 4 cap. 1) stützende Satz des gemeinen Bürgschaftsrechtes, dass der Gläubiger, der infolge eigener Nachlässigkeit vom Hauptschuldner keine Befriedigung erlangt hat, den Bürgen nicht in Anspruch nehmen kann, keine Geltung mehr beanspruchen. Ebensowenig lässt sich auch ein Kündigungsrecht für den Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrage ableiten, welches übrigens auch das gemeine Recht nicht anerkannte.

Den Umfang der Haftung des Bürgen anlangend ist in erster Linie der Inhalt des Bürgschaftsvertrages massgebend. Haftet der Bürge auch für vertragsmässige Zinsen, Vertragsstrafen und sonstige durch Vereinbarung begründete Nebenverpflichtungen des Hauptschuldners?

Über diese Frage herrscht im gemeinen Recht Streit, dieselbe wird besonders bezüglich der vertragsmässigen Zinsen behandelt. Die dafür und dagegen angeführten Gründe werden teils den positiven Bestimmungen der römischen Quellen, teils aus der Natur der Sache entnommen. Lediglich Gründe der letzteren Art sind für die Entscheidung der aufgeworfenen Frage vom Standpunkt des B. G. B., welches dieselbe nicht ausdrücklich entscheidet, massgebend. Hiernach aber ist die Frage im Einklang mit der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechts zu verneinen. Da man nicht wird behaupten können, dass der Bürge kraft Rechtsnotwendigkeit mit der Haftung für die vertragsmässigen Nebenverbindlichkeiten des Hauptschuldners belastet sei, kann eine solche nur auf den Willen des Bürgen zurückgeführt werden, sodass es sich dabei um eine Frage der Auslegung des Parteiwillens handelt. Danach wird der Bürge meist für solche Nebenverbindlichkeiten der Hauptschuld einzustehen haben, die er bei Eingehung der Bürgschaft gekannt hat, während sich seine Haftung auf die ihm unbekannt gewesenen nicht erstreckt. Zweifel können in dieser Beziehung entstehen, wenn es sich um Nebenverbindlichkeiten handelt, die der Bürge zwar nicht gekannt hat, die aber bei der konkreten Hauptverbindlichkeit allgemein üblich sind, wie die Verbindlichkeit zur Zinszahlung bei der hypothekarischen Schuld. In diesen Fällen muss die Haftung des Bürgen für die Nebenverbindlichkeit immer dann als dem Willen der Parteien gemäss gelten, wenn nicht besondere Umstände auf das Gegenteil hinweisen.

Im übrigen findet die Haftung in den sich aus dem Prinzip der Accessorietät ableitenden Sätzen und den positiven Bestimmungen des Gesetzes ihre Begrenzung. Hiernach ist der gültige Bestand einer Hauptverbindlichkeit für die Rechtsverbindlichkeit der Bürgschaft in dem Masse Voraussetzung, dass die letztere ohne die erstere nicht entstehen und nicht fortbestehen kann. Nur eine

scheinbare Ausnahme bildet es, wie schon hervorgehoben wurde, dass auch die Verbürgung für eine künftige Verbindlichkeit durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift für zulässig erklärt ist. Ist die Gültigkeit der Hauptverbindlichkeit in der Schwebe, weil dieselbe von der Genehmigung eines Dritten abhängt (Vertragsschluss eines Minderjährigen ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder eines ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen Kontrahierenden), so kommt entsprechend auch die Bürgschaft erst durch die Genehmigung der Hauptverbindlichkeit zur vollen Geltung.

Das Prinzip der accessorischen Haftung des Bürgen hat aber auch die Bedeutung, dass während des Bestehens der Bürgschaft der Umfang der Verpflichtung sich nach dem jeweiligen der Hauptverbindlichkeit richtet, vergl. § 767 Satz 1 B. G. B. Daraus folgt, dass sich mit dem Verschulden oder dem Verzuge des Hauptschuldners die Bürgschaftsschuld in demselben Masse wie die Hauptverbindlichkeit erweitert, und zwar ist diese Folge im Gesetz — § 767 Satz 2 — ausdrücklich ausgesprochen, womit sich die gemeinrechtliche Streitfrage erledigt, ob der Bürge für Verzugszinsen nur dann haftet, wenn er sich ausdrücklich für „omnis causa" verpflichtet hat. Dem Prinzipe gemäss trägt auch der Bürge die Gefahr zufälligen Unterganges oder zufälliger Verschlechterung des Schuldgegenstandes, wenn der Hauptschuldner dieselbe trägt, und der Bürge wird befreit, wenn der Hauptschuldner die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten hat. Insbesondere mindert sich hiernach die Haftung des Bürgen mit der Minderung der Hauptverbindlichkeit, mag die letztere durch nachträglich zwischen Gläubiger und Hauptschuldner abgeschlossenes Rechtsgeschäft oder ein sonstiges Ereignis eingetreten sein, jedoch tritt diese Minderung der Bürgschaftshaftung nach positiver Gesetzesbestimmung nicht ein, wenn die Hauptverbindlichkeit infolge der beschränkten Haftung des Erben, vergl §§ 1975 ff. B. G. B.,

oder aber durch Zwangsvergleich im Konkurse, vergl. § 193 der K. O., einen beschränkteren Umfang erhalten hat. Als eine eigentliche Ausnahme vom Prinzip der Accessorietät dagegen kann es nicht angesehen werden, wenn man anders als der rechtsgeschäftlichen Minderung der Erweiterung der Hauptverbindlichkeit, die durch ein nach Übernahme der Bürgschaft vom Hauptschuldner vorgenommenes Rechtsgeschäft eingetreten ist, den Einfluss auf den Umfang der Bürgschaftshaftung in der gedachten Richtung abspricht, was das Gesetz im § 767 Satz 3 ausdrücklich gethan hat; denn es versteht sich von selbst, dass Gläubiger und Hauptschuldner nicht willkürlich durch ein neues Rechtsgeschäft die Haftung des Bürgen steigern können, und es erscheint die Hauptverbindlichkeit insoweit, als sie durch ein Rechtsgeschäft des Hauptschuldners nachträglich erweitert ist, als eine andere als diejenige, für welche sich der Bürge ursprünglich verbürgte. Danach bindet den Bürgen namentlich auch nicht ein vertragsmässiges Anerkenntnis des Hauptschuldners, oder das von ihm vergleichsweise gegebene Versprechen eines anderen als des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes. Jedoch muss der Bürge in diesem Falle das die Hauptverbindlichkeit nachträglich erweiternde Rechtsgeschäft des Hauptschuldners dann für sich gelten lassen, wenn er sich auf eine durch dasselbe Rechtsgeschäft begründete Erleichterung der Hauptschuld beruft, weil er damit das modifizierende Rechtsgeschäft in seiner vollen Wirkung für sich anerkennt. Zweifelhaft kann aber sein, ob der Bürge aus dem angegebenen Grunde auch solche nachträglichen Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners ablehnen kann, welche an sich, wie eine dem Hauptschuldner gewährte Stundung, zu Gunsten des letzteren geschlossen sind, aber zu Ungunsten des Bürgen wirken können. Oertmann, Bem. 2d Abs. 3 zu § 767, bejaht diese Frage, weil in diesem Falle der Bürge bei einer innerhalb der gewährten Frist eintretenden Insolvenz des Schuldners

um seine Einrede der Vorausklage kommen könne. Doch wird man sich dieser Ansicht nicht anschliessen können, weil man nicht sagen kann, dass die Insolvenz des Hauptschuldners, welche den unmittelbaren und selbständigen Grund für den Ausschluss der E. d. V. bildet, ihren Grund wieder in dem Stundungsvertrage zwischen Gläubiger und Hauptschuldner habe und weil die Stundung somit auch nicht mittelbarer Grund für den Verlust der Einrede sein kann.

Das Prinzip der accessorischen Haftung des Bürgen hat nicht zur Folge, dass der Bürge ein im Prozesse gegen den Hauptschuldner ergangenes verurteilendes Erkenntnis gegen sich anerkennen müsste, denn der Grundsatz der accessorischen Haftung des Bürgen ist ein Satz des materiellen und nicht des Prozessrechtes, und dieses schreibt vor, — vergl. § 325 fl. der C. P. O. — dass jedes Urteil nur unter den Parteien Rechtskraft mache. Andererseits kann sich der Bürge aber auf ein zu Gunsten des Hauptschuldners ergangenes Urteil berufen, weil ihm gestattet ist, — vergl. § 768 B. G. B. — die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend zu machen. Eine unwesentliche Ausnahme vom Accessorietätsprinzip statuiert das Gesetz aus Zweckmässigkeitsrücksichten insofern, als es — im § 767 Abs. 2 — dem Bürgen die Haftung für die von dem Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung schlechthin auferlegt, was sich nach dem Prinzip nur für die durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners entstandenen rechtfertigen würde.

Die folgerichtige Durchführung des Accessorietätsprinzipes führt zur Beseitigung mehrerer von der gemeinrechtlichen Theorie auf Grund positiver römischer Quellenstellen gelehrter, nicht ganz unbestrittener Sätze des Bürgschaftsrechts, nämlich

1) dass sich der Bürge dann auf die Ungültigkeit der Hauptschuld nicht berufen könne, wenn er dieselbe

bei Eingehung der Bürgschaft kannte, — vergl. Windscheid II § 477 — wodurch jedoch die Frage nicht berührt wird, inwieweit in der Bestellung eines Bürgen seitens des Hauptschuldners eine Genehmigung der Hauptschuld zu finden ist, und ob nicht das „Bürgschaftsversprechen" als Garantievertrag oder sonstiges Schuldversprechen aufrecht erhalten werden kann;

2) dass der Wegfall der Verbindlichkeit des Hauptschuldners der Verbindlichkeit des Bürgen dann keinen Eintrag thue, wenn der Bürge sich gerade mit Rücksicht auf den möglichen, darauf eingetretenen Fall des Wegfalles derselben verbürgt hat, was natürlich nicht die Gültigkeit eines in diesem Sinne gewollten Garantieversprechens beeinträchtigt;

3) dass der Bürge fortfahre zu haften, wenn derselbe durch seine Schuld die Erfüllung der Hauptschuld unmöglich macht und den Hauptschuldner dadurch befreit;

4) dass in gewissen Fällen der Fortfall der Klagbarkeit der Hauptschuld der Bürgschaft die Klagbarkeit nicht entziehe, wenn nämlich die Hauptschuld als Naturalobligation bestehen bleibe, wobei zu bemerken ist, dass das B. G. B. die meisten Fälle der gemeinrechtlichen Naturalobligationen nicht mehr kennt und sich hieraus schon eine erhebliche Einschränkung des bezeichneten Rechtssatzes ergeben würde.

Dass im Falle zu 3) der Bürge dann, wenn sein Verschulden den Thatbestand einer unerlaubten Handlung enthält, nach Massgabe der §§ 823 fl. B. G. B. dem Gläubiger zum Schadenersatz verpflichtet ist, ergiebt sich von selbst, dagegen kann zweifelhaft sein, — zumal die Frage nach den Motiven II S. 666 absichtlich offen gelassen werden sollte, — ob im gedachten Falle der Bürge auch ohne die Voraussetzungen der §§ 823 fl. wegen Verletzung der durch den Bürgschaftsvertrag übernommenen Pflichten verantwortlich sei. Planck bejaht diese Frage in den Bem. zu § 765 sub 4b aus dem

Grunde, weil in der durch den Bürgschaftsvertrag übernommenen Verpflichtung, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners einzustehen, auch die Verpflichtung zu finden sei, seinerseits die Erfüllung dieser Verbindlichkeit nicht unmöglich zu machen. Dieser Ansicht, welcher sich Oertmann in Bem. 2 zu § 767 anschliesst, wird jedoch nicht beigetreten werden können. Denn die Verpflichtung, die Erfüllungsmöglichkeit zu wahren, ist von ganz anderer Art, als die sich aus der Bürgschaft ergebende, die bestehende Hauptverbindlichkeit thatsächlich zu erfüllen, liegt ausserhalb des Zweckes der Bürgschaft, den Gläubiger gegen die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners zu sichern und kann daher auch nicht auf Grund der Verpflichtung zur bona fides statuiert werden; der § 242 B. G. B. insbesondere, wonach der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, sowie der § 157, wonach Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, setzen eine bestehende Verpflichtung voraus und treffen nur für die innerhalb des Vertragsrahmens liegenden Pflichten Bestimmung.

§ 7. Fortsetzung.
Von den Einreden des Bürgen insbesondere.

Der Bürge kann dem Gläubiger sowohl aus seiner eigenen Person wie aus der Person des Hauptschuldners Einwendungen, d. h. solche Verteidigungsmittel entgegensetzen, die sich gegen Entstehung oder Fortbestand der Bürgschaftsobligation, bezw. der Hauptverbindlichkeit richten. Ersteres ist selbstverständlich und die Möglichkeit der Geltendmachung der sich aus der Person des Hauptschuldners ergebenden Einwendungen ist eine unmittelbare Folge des Prinzipes der Accessorietät der Bürgschaft. Eine weitere Beschränkung findet die

Haftung des Bürgen in den ihm gegen den Gläubiger zustehenden Einreden, d. h. Thatsachen, welche die Existenz der Bürgschaftsverpflichtung an sich nicht in Frage stellen, die aber dem Schuldner ein Recht zur zeitweisen oder dauernden Verweigerung der Leistung gewähren. Und zwar kann man drei Arten solcher Einreden des Bürgen unterscheiden. Nur der Erwähnung bedarf, dass derselbe aus seinem persönlichen Verhältnis zum Gläubiger diesem Einreden jeder Art entgegenstellen kann. In folgerichtiger Durchführung des Accessorietätsprinzipes hat das B. G. B. weiter ebenso wie das alte Recht bestimmt, dass der Bürge auch alle dem Hauptschuldner gegen den Gläubiger zustehenden Einreden geltend machen kann (§ 768). Hiervon sind nur die zwei schon erwähnten Ausnahmen zu machen. Es darf einmal der Bürge sich nicht auf die beschränkte Haftung des Erben des Hauptschuldners berufen, eine Bestimmung, die sich durch die naheliegende Erwägung rechtfertigt, dass durch Zulassung dieser Einrede dem Bürgen die Berufung auf die Unzulänglichkeit des Vermögens des ursprünglichen Schuldners gestattet würde, wogegen dem Gläubiger gerade durch die Bürgschaft Sicherheit gewährt werden sollte. Dieselbe Erwägung rechtfertigt auch die andere, sich aus § 193 der K. O. ergebende Ausnahme, dass sich der Bürge auf einen im Konkurs über das Vermögen des Hauptschuldners abgeschlossenen Zwangsvergleich nicht berufen kann.

Da die Bürgschaftsobligation wie jede andere der Verjährung unterliegt, so kann der Bürge auch daraus eine Einrede gegen den Gläubiger entnehmen, wobei zu bemerken ist, dass Bürgschaft und Hauptverbindlichkeit hinsichtlich der Verjährung unabhängig von einander sind, da, wie dargelegt, beide ihrer Grundnatur nach ein Gesamtschuldverhältnis bilden und bei diesem gemäss § 425 Abs. 2 B. G. B. die Verjährung nur für und gegen den Gesamtschuldner wirkt, in dessen Person sie eintritt.

Ist jedoch die Hauptverbindlichkeit verjährt, so kann sich nach obiger Ausführung der Bürge der dem Hauptschuldner damit erwachsenen Einrede bedienen.

Das B. G. B. kennt nicht mehr die Bestimmung des gemeinen Rechts, dass dem Bürgen die höchstpersönlichen Einreden des Hauptschuldners (die exceptiones personae cohaerentes) versagt sind, und dass die Geltendmachung der Einreden des Hauptschuldners durch den Bürgen davon abhängig ist, ob letzterer gegen ersteren Regress nehmen kann oder nicht, womit sich auch die bekannte gemeinrechtliche Streitfrage erledigt, ob der Regress gegen den Hauptschuldner allgemein oder nur für gewisse Einreden Voraussetzung der Geltendmachung derselben für den Bürgen ist. Beseitigt ist auch die sich im Sachsenspiegel findende altdeutsche, in Artikel 25 und 26 der Mecklenburgischen Landesreversalen von 1621 sanktionierte Einrede des Bürgen, wonach derselbe nicht zur Zahlung verbunden ist, wenn er nicht ausdrücklich mit in die Bürgschaft aufgenommen wurde, desgleichen die in Mecklenburg in Geltung gewesene sog. Einrede des Land- und Hofgerichtsgebrauchs, wonach der Bürge, auch wenn er auf „alle Einreden“ verzichtet hatte, die Einrede der Teilung doch geltend machen konnte, falls er nicht ausdrücklich auf diese Einrede mitverzichtet hatte. Es kann sich endlich der Bürge, wie in diesem Zusammenhang erwähnt werden mag, auf die Bestimmung des Rostocker Stadtrechts Teil I Titel 5 § 15 nicht mehr berufen, nach welcher derselbe für den Brautschatz nicht mehr haftet, wenn der letztere nicht binnen zwei Jahren nach der Angelobung eingefordert wird.

Die dritte Art der hier zu erörternden Einreden des Bürgen ist eine neue Bildung des B. G. B. Es ist dem Bürgen einmal das Recht gegeben, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegende Recht anzufechten (§ 770 Abs. 1 B. G. B.). Diese

dilatorische Einrede beruht auf dem Gedanken, dass der Bürge, der den Gläubiger befriedigt hat, nach seitens des Hauptschuldners durchgeführter Anfechtung das Geleistete nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern konnte, und dass es daher der Billigkeit entspricht, den Bürgen schon vor der durch den Hauptschuldner erfolgenden Anfechtung zu schützen. Auch diese Einrede des Bürgen nimmt ihren Grund aus dem zwischen dem Gläubiger und Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnis, wodurch die Haftung des letzteren gegenüber dem ersteren beschränkt wird, enthält somit gegenüber dem alten Recht eine weitere Durchführung des Accessorietätsprinzipes der Bürgschaft. Bei der Art, wie der Bürge die Anfechtbarkeit der Hauptverbindlichkeit geltend macht, geht das B. G. B. davon aus, dass der Bürge nicht solche dem Hauptschuldner zustehenden Rechte persönlicher Art ausüben kann, die auf einem dispositiven Willensakt des letzteren beruhen, also z. B. nicht Ansprüche auf Minderung und Wandelung, sowie Anfechtungsrechte wegen Irrtums, Zwanges und anderer Gründe, vergl. Protokolle II S. 465. Daraus erklärt sich, dass das für den Hauptschuldner peremptorisch wirkende Anfechtungsrecht für den Bürgen nur eine dilatorische Einrede begründet.

Die gleiche Befugnis, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, hat sodann der Bürge, „solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann“ (§ 770 Abs. 2 B. G. B.). Ausschlaggebend für die Aufnahme dieser Bestimmung in das B. G. B. waren die Erwägungen, dass es unbillig erscheint, wenn der Gläubiger, statt sich durch Aufrechnung gegenüber dem Hauptschuldner zu befriedigen, den Bürgen in Anspruch nimmt, und dass im bisherigen Rechte dem Bürgen die Berufung auf die Möglichkeit der Aufrechnung allgemein gestattet ist. Dass der Bürge aus der Aufrechnungsbefugnis des Hauptschuldners nur eine dilatorische

Einrede gegenüber dem Gläubiger entnehmen kann, während er nach gemeinem Recht die Aufrechnung selbst vornehmen kann, stimmt mit dem im B. G. B. angenommenen Aufrechnungsbegriffe überein. Denn wenn die herrschende Lehre im gemeinen Recht annimmt, dass sich bei einseitiger Aufrechnung der Aufrechnende nicht erst durch die Berufung auf seine Gegenforderung ein Einrederecht schaffe, sondern nur von einem schon erworbenen Gebrauch mache, wodurch es sich rechtfertigt, dass auch der Bürge von der Aufrechnungsbefugnis mit peremptorischer Wirkung Gebrauch macht, so erscheint nach den §§ 388, 389 B. G. B.* die Aufrechnung als eine Verfügung über das zur Aufrechnung gebrachte Recht, und es ist daher folgerichtig, dass dem Bürgen, der ja, wie hervorgehoben, dispositive Rechtsakte über die Hauptverbindlichkeit nicht vornehmen kann, aus der Aufrechnungsmöglichkeit des Hauptschuldners nur ein dilatorischer Rechtsbehelf gegeben ist. Auch Endemann I § 144 Anm. 7 am Schluss nimmt an, dass von einer Einrede der Aufrechnung nach dem B. G. B. nicht mehr gesprochen werden könne, weil das Gesetz die unmittelbar aufhebende Wirkung der Aufrechnung betone, vertritt aber trotzdem in § 191 Anm. 6 die Ansicht, dass es dem Aufrechnungsbegriffe des B. G. B. entsprechen würde, wenn dem Bürgen gestattet wäre, durch Einrede das Erlöschen der Forderung des Gläubigers herbeizuführen, was nach obigem nicht zutreffend sein dürfte.

Seinem Wortlaute nach giebt der § 770 Abs. 2 B. G. B. dem Bürgen eine Einrede nur dann, wenn der

* 388: Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile. Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgt.

§ 389: Die Aufrechnung bewirkt, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.

3*

Gläubiger sich durch Aufrechnung befriedigen kann. Dies lässt zweifelhaft erscheinen, ob der Bürge auch dann einen Rechtsbehelf gegenüber dem Gläubiger hat, wenn zwar nicht der letztere, aber doch der Hauptschuldner sich durch Aufrechnung befriedigen kann, was z. B. der Fall ist, wenn der Gegenanspruch des Hauptschuldners aus einer vom Gläubiger vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung entstanden ist. Die Billigkeit fordert entschieden, dem Bürgen auch in diesem Fall die Berufung auf die Aufrechnungsbefugnis des Hauptschuldners zu gestatten. Cosack, Bd. I S. 566, dem sich Oertmann, Bem. 3 zu § 770 angeschlossen hat, nimmt an, dass das Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners hier nicht zum Nachteil des Bürgen unberücksichtigt bleiben könne, und dass der letztere nach Analogie des § 768 Satz 1 B. G. B., wonach der Bürge die Einreden des Hauptschuldners geltend machen kann, nicht bloss die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit verweigern, sondern die Aufrechnung selbstständig und zwar auch gegen den Willen des Hauptschuldners vollziehen kann. Dies steht jedoch mit dem aus § 770 Abs. 2 B. G. B. klar hervorgehenden Willen des Gesetzgebers, dass der Bürge mit einem Gegenanspruch des Hauptschuldners nicht selbst soll aufrechnen können, in offenbarem Widerspruch. Will man das sich aus dem engen Wortlaut des § 770 Abs. 2 ergebende unbillige Resultat nicht hinnehmen, so kann dies nur auf folgende Weise begründet werden. Der ausschlaggebende Grund der Gesetzgebungskommission, dem Bürgen die Berufung auf die Aufrechenbarkeit der Forderungen von Gläubiger und Hauptschuldner zu gestatten, war, wie bereits hervorgehoben, dass dieselbe im bisherigen Rechte dem Bürgen allgemein zugestanden war. Demnach ist der eigentliche Grund dafür wie im alten Recht die accessorische Natur der Bürgschaft, die es erfordert, dass der Bürge dem Gläubiger gegenüber nicht ungünstiger gestellt ist als der Hauptschuldner. Leitet sich aber so die Einrede des

Bürgen aus § 770 Abs. 2 B. G. B. aus der für den Hauptschuldner durch die Aufrechnungsmöglichkeit geschaffenen günstigen Rechtslage ab, so kann es nicht sinngemäss sein, diese Einrede dem Bürgen dann zu versagen, wenn jene günstige Rechtslage des Hauptschuldners noch dadurch verbessert ist, dass nur ihm und nicht auch zugleich dem Gläubiger die Aufrechnung gestattet ist. Diese Gründe können die Annahme rechtfertigen, dass die Worte des Gesetzes „solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung befriedigen kann" nur deklaratorische Bedeutung hat und damit nur der durchaus regelmässige Fall, dass beide Parteien zur Aufrechnung befugt sind, damit bezielt werden sollte. Hinzukommt, dass das bisherige Recht, von welchem der Gesetzgeber nicht hat abgehen wollen, dem Bürgen in dem gedachten Falle die Einrede der Kompensation nicht versagt.

Weil die beiden dem Bürgen im § 770 B. G. B. gegebenen Einreden nur von aufschiebender Wirkung sind, deshalb kann das vom Bürgen in Unkenntnis seiner Einrede vor erfolgter Anfechtung oder Aufrechnung Geleistete nicht kondiziert werden, denn nach § 813 B. G. B. kann nur das in Unkenntnis einer peremtorischen Einrede Geleistete zurückgefordert werden, vergl. Oertmann Bem. 2 zu § 770.

Dem bereits oben erörterten Grundsatz, dass durch eine willkürliche Handlung des Hauptschuldners die Haftung des Bürgen nicht erweitert werden kann, entspricht die Vorschrift des § 768 Abs. 2 B. G. B., dass der Bürge eine Einrede des Hauptschuldners nicht durch einen Verzicht des letzteren verliert.

Darüber, dass die gesetzlichen Vorschriften über die Bürgschaft dispositiven Rechtscharakters sind, besteht kein Zweifel. Es fragt sich aber im einzelnen, welche Wirkung eine die gesetzlichen Regeln abändernde Parteivereinbarung auf die Natur des Vertrages als Bürgschaft ausübt. Hier insbesondere interessiert, welche Wirkung

es hat, wenn der Bürge auf eine dem Hauptschuldner zustehende Einrede verzichtet.

Die Motive II S. 662 bemerken hierzu, dass, soweit die vom Verzicht des Bürgen betroffene Einrede dem Hauptschuldner Schutz gewähre, kein Bürgschaftsversprechen, sondern ein nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilendes Schuldversprechen vorliege. Dagegen hat Schollmeyer S. 84 die Behauptung aufgestellt, dies treffe erst dann zu, wenn infolge eines Einredeverzichtes die accessorische Natur der Bürgschaft ganz abgestreift werde, wenn also der Bürge sich für eine nichtige Schuld verbürge und auf die Einrede der Nichtigkeit verzichte, in welchem Falle nur ein Schenkungsversprechen vorliegen könne. Auch wirft Schollmeyer den Motiven Inkonsequenz in der Behandlung des gesetzlichen und des vertragsmässigen Ausschlusses von Einreden für den Bürgen vor, weil sie anerkennten, dass durch den gesetzlichen Ausschluss den Einreden die Natur des Bürgschaftsvertrages nicht verändert werde.

Die Ansicht der Motive, welche auch Oertmann Bem. 3 zu § 768 und Leske II S. 307 vertreten, verdient den Vorzug. Sie ergiebt sich daraus, dass das B. G. B. die streng accessorische Haftung des Bürgen zum absolut wesentlichen Merkmal der Bürgschaft gemacht hat, was zur Folge hat, dass sich der Bürge auf die rechtlichen Mängel des dem Gläubiger gegen den Hauptschuldner zustehenden Anspruchs immer muss berufen können, und wodurch, wie hervorgehoben, der Bürgschaftsvertrag dazu bestimmt worden ist, dem Gläubiger lediglich gegen die thatsächliche Leistungsunfähigkeit, bezw. Leistungsunwilligkeit des Hauptschuldners, nicht aber gegen die dem Gläubiger aus der rechtlichen Mangelhaftigkeit seines Anspruchs erwachsenden Nachteile Schutz zu bieten. Darum kann die Verpflichtung des Bürgen, soweit derselbe gerade infolge seines Einredeverzichtes haftbar gemacht wird und dadurch für die rechtliche Realisier-

barkeit des „verbürgten“ Anspruchs einzustehen hat, ebenso wie die „Verbürgung“ für eine ungültige oder voraussichtlich ungültig werdende Verbindlichkeit nur als Garantie-, Versicherungs- oder ähnlicher Vertrag, oder auch als Schenkungsversprechen in Betracht kommen. Verzichtet der Bürge in Schenkungsabsicht auf eine Einrede des Hauptschuldners, so bedarf der Vertrag, soweit der Gläubiger aus dem Verzichte Rechte will herleiten können, gemäss § 518 B. G. B. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, welche Form nach § 126 Abs. 3 B. G. B. zugleich die für die Bürgschaftsverpflichtung vorgeschriebene Schriftform ersetzen würde. Der von Schollmeyer den Motiven gemachte Vorwurf der Inkonsequenz ist ungerechtfertigt, weil sich die verschiedene Wirkung des gesetzlichen und des vertragsmässigen Ausschlusses von Einreden des Hauptschuldners auf die Natur des Bürgschaftsvertrages aus dem im Wesen der Sache begründeten Unterschiede beider Erscheinungen ergiebt; in dem einen Fall knüpft das Gesetz durch positive Bestimmung an ein nach Eingehung der Bürgschaft eintretendes Ereignis den Ausschluss der Einrede, wodurch die Thatsache in keiner Weise berührt wird, dass der Bürge ein accessorisches idem wie der Hauptschuldner versprochen hat und der Bürgschaftsvertrag daher seinen Charakter nicht verlieren kann, in dem andern Falle wird dagegen durch Willkür der Parteien von vornherein die Haftung des Bürgen erweitert, und zwar in einer mit der begrifflichen Haftung des Bürgen nicht in Einklang stehenden Weise.

§ 8. Subsidiarität der Haftung des Bürgen.

Unter Subsidiarität der Bürgschaft versteht man im gemeinen Recht die Rechtsbildung, nach welcher der Bürge von dem Gläubiger erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der letztere vergeblich von

dem Hauptschuldner mittels gerichtlicher Hilfe Befriedigung zu erlangen versucht hat. Man war uneinig darüber, ob die subsidiäre Haftung des Bürgen in dieser ihm durch das römische Recht — nov. cap 1 — gegebenen Gestalt beizubehalten oder wegen ihrer die Rechtslage des Gläubigers und deshalb kreditschädigenden Wirkung aufgegeben werden sollte. Von den Motiven — vergl. Bd. II S. 668 — war für die Beibehaltung der sog. Einrede der Vorausklage geltend gemacht, dass der Bürge durch das Bürgschaftsversprechen in Gemässheit des rechtlichen Bürgschaftsbegriffes an sich nicht allein den Willen erkläre, erst hinter dem Hauptschuldner zu haften, sondern auch den Willen, nur für den Fall einzustehen, wenn und soweit die Rechtshülfe gegen den Hauptschuldner fruchtlos versucht sei. Gegen diese rechtlichen Bedenken der Motive hinsichtlich der Beseitigung der E. d. V. trat Unger in Ihering's Jahrbüchern XIX S. 15 fl. mit der Behauptung auf: Allerdings sei das Bürgschaftsversprechen dahin zu interpretieren, dass der Bürge nur für den Fall einstehen wolle, dass der Schuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkomme, der Bürge sei begrifflich und von vornherein Nachschuldner; die Bedingung, dass der Hauptschuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkomme, sei aber nicht erst dann als erfüllt anzusehen, wenn der Gläubiger den Schuldner erfolglos ausgeklagt habe, es müsse vielmehr schon genügen, wenn er denselben zur Erfüllung aufgefordert habe. Bei den Beratungen der zweiten Gesetzgebungskommission — vergl. Protokolle II S. 468 — wurde denn auch ein der Ungerschen Ansicht entsprechender Antrag gestellt. Als Resultat ging aus diesem Meinungsstreit die Beibehaltung der E. d. V. im B. G. B. hervor, indem man in genannter Kommission als die ausschlaggebenden Gründe dafür anführte, dass dieselbe dem bisherigen Rechte entspreche, dass sie in das Volksleben eingedrungen sei und nicht einfach als irrationell verworfen werden könne, vergl. Protokolle II S. 470.

Welches ist die rechtliche Bedeutung der E. d. V.? Die Motive haben sicher nicht Recht damit, dass sich die Notwendigkeit der vorherigen Ausklagung des Hauptschuldners aus dem Begriffe der Bürgschaft ergäbe, denn dann müsste sich, wie Unger a. a. O S. 7 zutreffend bemerkt, dies Erfordernis in dem Begriffe der Bürgschaft ausgedrückt finden, und es würde die erfolglose Ausklagung des Hauptschuldners zum Fundament und zur Substanziierung der Klage gegen den Bürgen gehören. Aus dem begriffswesentlichen Zweck der Bürgschaft, wonach der Bürge sich nur zur Sicherung des Gläubigers verbindet, folgt aber, dass nach den Intentionen der Parteien der Bürge erst dann soll in Anspruch genommen werden können, wenn der Hauptschuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt, vergl. Windscheid II § 478 Anm. 1 am Schluss. Hiernach bildet zwar der vorherige Versuch des Gläubigers, vom Hauptschuldner Befriedigung zu erlangen, die begriffliche Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Bürgen. Der Gesetzgeber konnte bei dem angenommenen Bürgschaftsbegriffe durch positive Bestimmung näher bezeichnen, in welcher Weise der Gläubiger diesen Versuch zu machen habe, und er konnte dabei die erfolglose Mahnung genügen lassen oder auch die erfolglose Exekution gegen den Hauptschuldner für erforderlich erklären, von welchen Wegen das B. G. B., wie erwähnt, den letzteren gewählt hat. Indem so die Vorschrift der vorherigen Ausklagung des Hauptschuldners die Ausführungsbestimmung einer allgemein gehaltenen begriffsmässigen Voraussetzung für die Haftung des Bürgen darstellt, bildet diese Ausklagung eine sich mittelbar aus dem Bürgschaftsbegriffe ableitende rechtliche Voraussetzung für die Inanspruchnahme des letzteren durch den Gläubiger. Diesen Charakter verliert die Vorschrift der Vorausklagung des Hauptschuldners auch nicht dadurch, dass das Gesetz das Recht des Bürgen, auf derselben zu bestehen, als „Einrede“ be-

zeichnet. Hierdurch wird nur noch deutlicher ausgesprochen, dass die Behauptung der erfolgten Vorausklage nicht eine eigentliche Klagebedingung ist. Die praktische Bedeutung der hier entwickelten Ansicht von dem Rechtscharakter der E. d. V. ist aber, dass der Gläubiger auf die vom Bürgen erhobene Einrede replicando zu behaupten und zu beweisen hat, dass er von dem Hauptschuldner keine Befriedigung habe erlangen können.

Demgegenüber geht Matthiass I S. 572 unter F 1* davon aus, dass man die Grundlage seiner Einrede zu beweisen habe und legt deshalb dem Bürgen den Beweis nicht erfolgter Ausklagung des Hauptschuldners auf, wie ein Gleiches auch Schollmeyer thut. Hiergegen ist jedoch zu erinnern, dass die dem Beklagten den Beweis seiner Einrede auferlegende Regel Ausnahmen erleidet, wenn sich aus der Natur der Einrede eine andere Verteilung der Beweislast rechtfertigt, wie z. B. auch bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht der die Einrede vorschützende Beklagte, sondern der Kläger den Beweis zu erbringen hat, vergl. Cosack I S. 301.

Im einzelnen ist die E. d. V. abweichend vom bisherigen, insbesondere vom gemeinen Recht geregelt. Sie besteht gemäss § 771 B. G. B. in dem Recht des Bürgen, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Der Erhebung einer formellen Klage gegen den Hauptschuldner bedarf es, um dem Erfordernis der „Vorausklage“ zu genügen, doch nur zum Zweck der Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels; die Klagerhebung erübrigt daher dann, wenn ein vollstreckbarer Schuldtitel bereits vor Abschluss der Bürgschaft erlangt war oder es zur Zwangsvollstreckung der vorherigen Klagerhebung nicht bedarf. Immer muss jedoch die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner

* In der dritten Auflage hat Matthiass diese Auffassung aufgegeben.

wegen der verbürgten Schuld stattgefunden haben, und es könnte der Umstand, dass auf Grund eines anderen Schuldtitels die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner versucht worden ist, nur insofern eine weitere solche wegen der verbürgten Schuld erübrigen, als durch die frühere Zwangsvollstreckung die Annahme begründet wurde, dass die Wiederholung derselben wegen der verbürgten Schuld nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen würde, vergl. § 773 sub 4 B. G. B.

Das B. G. B. hat sich der Ansicht derer, die für Beseitigung der E. d. V. waren, insofern genähert, als es dieselbe gegenüber dem alten Recht erheblich eingeschränkt hat. Auf Grund des § 772 B. G. B. ist es bei der Bürgschaft für eine Geldforderung, also in den weitaus häufigsten Fällen genügend, wenn die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners an seinem Wohnsitz und, wenn der Hauptschuldner an einem anderen Orte eine gewerbliche Niederlassung hat, auch an diesem Orte, in Ermangelung eines Wohnsitzes und einer gewerblichen Niederlassung an seinem Aufenthaltsorte versucht wird. Dagegen ist in zweckentsprechender Weise bei solchen beweglichen Sachen des Hauptschuldners, an welchen dem Gläubiger ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, allgemein ohne Rücksicht auf ihren Aufbewahrungsort die Zwangsvollstreckung vorgeschrieben. Steht dem Gläubiger das Recht zu, sich aus den ihm verpfändeten oder von ihm zurückbehaltenen beweglichen Sachen des Hauptschuldners noch für eine (oder mehrere) andere Forderungen zu befriedigen, so kann der Bürge nur dann vorherige Zwangsvollstreckung in dieselben verlangen, wenn beide, bezw. die sämtlichen Forderungen durch den Wert der Sachen gedeckt werden, vergl. § 772 Abs. 2 Satz 2 B. G. B. Als Wert muss nach dem Zweck des Gesetzes hier der bei der Zwangsversteigerung zu erwartende Erlös gelten. Dem Sinne des Gesetzes entspricht es auch, dass der Gläubiger, wenn die gedachten

Sachen zur Befriedigung der mehreren Forderungen nicht hinreichen, sich wegen der verbürgten Forderung aus denselben wenigstens insoweit bezahlt macht, als nach Befriedigung der vorgehenden Forderungen ein Überschuss verbleibt. Die Art und Weise, in welcher der Gläubiger aus den bezeichneten Sachen des Hauptschuldners vor Inanspruchnahme des Bürgen Befriedigung zu suchen hat, ergiebt sich aus den allgemeinen Vorschriften über den Zwangsverkauf von beweglichen Pfandsachen und über die Verwertung zurückbehaltener Sachen, vergl. § 1234 bis § 1240 B. G. B. und § 311 H. G. B.

Nach vorstehenden Vorschriften braucht der Gläubiger bei einer Bürgschaft für eine Geldforderung nicht mehr zuerst die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen und in die nicht in beweglichen Sachen bestehenden Vermögensgegenstände des Hauptschuldners zu betreiben, ehe er den Bürgen in Anspruch nimmt. Der Grund für diese Beschränkung der E. d. V. liegt nach den Motiven II S. 669, 670 darin, dass dem Gläubiger ohne wesentliche Verkümmerung seiner sich aus der Bürgschaft ergebenden Rechte nicht zugemutet werden kann, diese meist mit erheblichem Zeit- und Kostenaufwande verbundenen und oft nur geringen Erfolg versprechenden Arten der Zwangsvollstreckung vor dem Angriffe des Bürgen zu unternehmen. Aus der Fassung des Gesetzes ergiebt sich hierbei die unbillige, aber unabweisbare Konsequenz, dass in dem Falle, wo Hauptschuldner und Bürge nur unbewegliches pfändbares Vermögen besitzen, der Bürge nicht hindern kann, dass ihn der Gläubiger vor dem Hauptschuldner in Anspruch nimmt.

In etwas vom alten Rechte abweichender Weise hat das B. G. B. auch die Fälle begrenzt, in denen die E. d. V. ausgeschlossen ist. Diese Fälle sind nach § 773 B. G. B. folgende:

1) wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet hat, insbesondere, wenn er sich als Selbstschuldner verbürgt hat; damit hat das B. G. B. alle Zweifel beseitigt, ob nicht in der Verbürgung als Selbstschuldner eine andere Bedeutung als die des Verzichtes auf die E. d. V. gefunden werden müsse, ob darin insbesondere nicht der Wille des sich Verpflichtenden, sich zum gewöhnlichen Gesamtschuldner zu machen, zu finden sei, vergl. Girtanner S. 320. Welche Bedeutung der Verbürgung als „Selbstzahler" zukommt, muss nach dem Willen der Parteien beurteilt werden, eine gesetzliche Regel für die Auslegung dieses Ausdrucks besteht nicht, doch kommt nach der Verkehrsauffassung diesem Ausdruck vielfach dieselbe Bedeutung wie dem Worte „Selbstschuldner" zu. An dem accessorischen Haftungsverhältnis des Bürgen wird durch die Bezeichnung des Bürgen als Selbstschuldner nichts geändert;

2) wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist, was z. B. der Fall sein würde, wenn der neue Wohnsitz oder Aufenthaltsort des Schuldners vom Gläubiger trotz gründlicher Nachforschung nicht ausfindig zu machen oder der Schuldner ins Ausland gegangen ist;

3) und 4) wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist, oder wenn anzunehmen ist, dass die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird, welches letztere z. B. oft dann der Fall sein wird, wenn der Gläubiger schon wegen anderer Forderungen oder andere Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner vergeblich versucht haben. Doch ist die Einrede in beiden Fällen insoweit zulässig, als der Gläubiger sich aus einer be-

weglichen Sache des Hauptschuldners befriedigen kann, an der er ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht hat, was auch hier mit der Massgabe gilt, dass andere Forderungen, wegen derer sich der Gläubiger gleichfalls aus den gedachten Sachen befriedigen kann, der verbürgten Forderung vorgehen;

5) nach Handelsrecht, wenn für den Bürgen, der Vollkaufmann ist, die Bürgschaft ein Handelsgeschäft ist, vergl. §§ 349, 351, 4 H.G.B.;

6) bei der Bürgschaft für einen Zwangsvergleich gemäss § 194 der K.O. Dagegen bildet nicht mehr wie im gemeinen Recht die Ableugnung der Bürgschaftsschuld einen Grund für den Ausschluss der E. d. V. Bei der Afterbürgschaft bringt es das accessorische Verhältnis von Hauptbürgschaft und Afterbürgschaft mit sich, dass der Afterbürge sowohl die vorherige Ausklagung des Hauptschuldners wie diejenige des Hauptbürgen verlangen kann. Mit dem Hauptbürgen verliert zugleich auch der Afterbürge das Recht auf Vorausklage gegen den Hauptschuldner, ebenso kann für den Afterbürgen aus den angeführten Gründen das Recht auf Vorausklage gegen den Hauptbürgen als seinen unmittelbaren „Hauptschuldner" ausgeschlossen sein.

Der Beweis, dass die E. d. V. ausgeschlossen sei, liegt ebenso wie derjenige, dass die Vorausklage stattgefunden habe, dem Gläubiger ob, dagegen hat der Bürge die Behauptung zu beweisen, dass sich der Gläubiger vorerst aus einer Sache, an der er ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht habe, Befriedigung verschaffen könne.

§ 9. Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner und der Rückgriff des Bürgen.

Bei dem Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner ist die wichtigste Frage die, unter welchen Voraussetzungen der Bürge, welcher den Gläubiger befriedigt hat, einen

Rückgriff gegen den Hauptschuldner hat. Hierüber giebt der Bürgschaftsvertrag als solcher, der lediglich die Beziehungen des Bürgen zum Gläubiger regelt, keinen Aufschluss. Es entscheidet darüber zunächst lediglich das zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner bestehende besondere Rechtsverhältnis. Diese sich aus allgemeinen Regeln ergebende Art des Rückgriffs gilt nach dem B. G. B. in gleicher Weise wie im alten Rechte. Als hiernach einen Rückgriff des Bürgen begründende Rechtsverhältnisse kommen z. B. in Betracht der Auftrag, die auftraglose Geschäftsführung und die ungerechtfertigte Bereicherung. Sache des sich auf ein solches Rechtsverhältnis zur Begründung seines Rückgriffs berufenden Bürgen ist es, die Voraussetzungen desselben darzulegen, und nach diesem konkreten Rechtsverhältnis richtet sich auch die Höhe des Regressanspruchs.

In Übereinstimmung mit dem alten Rechte hat jedoch das B. G. B. den Bürgen auf die genannte Art des Rückgriffs nicht beschränkt, ihm vielmehr im Anschluss an das gemeinrechtliche benificium cedendarum actionum durch besondere positive Bestimmung einen weiteren Rückgriff gegen den Hauptschuldner gegeben.

Kraft des gemeinrechtlichen b. c. a. konnte der Bürge, der von dem Gläubiger in Anspruch genommen wurde, obligatorisch die Cession der Klagen desselben gegen den Hauptschuldner verlangen, indem er entweder mittelst esceptio doli die Befriedigung des Gläubigers bis zur Abtretung der Klagen verweigerte oder diese Abtretung nach erfolgter Befriedigung des Gläubigers durch Klage erzwang, wobei streitig war, ob sich der Bürge bei der Befriedigung die Abtretung der Klagen vorbehalten haben musste oder nicht. Meinungsverschiedenheit bestand auch darüber, ob, wie Windscheid annimmt, der Bürge nur soweit, als er einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner hatte, die Abtretung der Klagen verlangen konnte, oder ob, wie Dernburg meint, dies

Recht jedem Bürgen, der den Gläubiger befriedigte, zustand und die etwa mangelnde Regressberechtigung des Bürgen vom Hauptschuldner mittels exceptio geltend zu machen war. Endlich war auch zweifelhaft, ob der Bürge, der infolge Vergleiches oder Erlasses den Gläubiger nur mit einer geringeren Summe abgefunden und dagegen die Klage gegen den Hauptschuldner ganz zediert erhalten hatte, die ganze Forderung von dem letzteren erstattet verlangen konnte; die Verneinung der Frage wurde insbesondere aus der Anwendung der lex Anastasiana abgeleitet, indem man sagte, dass das, was der Bürge als Erfüllung seiner durch die Bürgschaft übernommenen Verbindlichkeit zahle, der Kaufpreis für die Abtretung der Klagen gegen den Hauptschuldner sei.

Das B. G. B. hat im § 774 an Stelle des gemeinrechtlichen b. c. a. die Vorschrift gesetzt, dass soweit, als der Bürge den Gläubiger befriedige, die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn übergehe. Damit ist einmal gesagt, dass der Bürge die Cession nicht mehr blos obligatorisch vom Gläubiger verlangen kann, der Übergang der Forderung sich vielmehr ipso iure vollzieht, sodann auch, dass diese gesetzliche Übertragung der Forderung auf den Bürgen stets stattfindet, wenn und soweit derselbe den Gläubiger befriedigt, womit sich die gemeinrechtliche Streitfrage, ob das Vorhandensein eines konkret begründeten Rückgriffs Voraussetzung der Forderungsübertragung sei, erledigt.

Der Bürge kann jedoch den gesetzlichen Erwerb der Forderung des Gläubigers nicht geltend machen, wenn das zwischen ihm und dem Hauptschuldner obwaltende besondere Rechtsverhältnis den Rückgriff gegen den letzteren ausschliesst, z. B. wenn sich der Bürge donandi animo gegenüber dem Hauptschuldner oder für eine Schuld, die materiell den letzteren angeht, oder unter Verzichtleistung auf jeden Rückgriff verbürgt hat. Die Beweislast trifft in letzterer Beziehung den Hauptschuldner,

weil das Rückgriffsrecht auf Grund der gesetzlichen Forderungsübertragung auf den Bürgen liquide ist, eine Verteilung der Beweislast, die eine Stütze auch in der Gesetzesfassung des § 774 Abs. 1 Satz 3 B. G. B. findet: Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnis bleiben unberührt.

Während also nach der von Windscheid vertretenen gemeinrechtlichen Theorie der Bürge, der die Abtretung der Klagen des Gläubigers begehrte, ein Rückgriffsrecht darthun musste und insofern das b. c. a. nur eine Erleichterung der Geltendmachung des allgemeinen Rückgriffsrechtes bot, geht nach dem B. G. B. das durch die gesetzliche Forderungsübertragung auf den Bürgen begründete Rückgriffsrecht des letzteren materiell über das demselben nach allgemeinen Regeln zustehende Regressrecht hinaus; denn die Geltendmachung des dem Bürgen durch die gesetzliche Forderungsübertragung verliehenen Rückgriffsrechtes ist nach § 774 B. G. B. nicht schon dann ausgeschlossen, wenn der Bürge ein sich nach allgemeinen Regeln, z. B. aus Auftrag oder auftragloser Geschäftsführung ergebendes Regressrecht nicht darzuthun vermag, sondern erst dann, wenn, wie bereits hervorgehoben, ein zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen bestehendes Rechtsverhältnis den Rückgriff des letzteren positiv verbietet.

Dass der Bürge auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, begründet für die gesetzliche Forderungsübertragung auf denselben keinen Unterschied, wie es auch darauf nicht ankommt, ob der Bürge die Bürgschaft im Einverständnisse mit dem Schuldner übernommen hat oder nicht. Ebenso ist gleichgültig, ob der Gläubiger durch eigentliche Erfüllung, Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung unter Ausschluss des Rechtes der Rücknahme oder durch Aufrechnung befriedigt ist. Zweifelhaft kann aber sein, ob der Bürge, der infolge Vergleiches oder

Erlasses nicht die volle Forderung des Gläubigers erfüllt hat, dennoch auf Grund der gesetzlichen Forderungsübertragung dieselbe ganz gegen den Hauptschuldner geltend machen kann.

Hat der Gläubiger in solchem Falle dem Bürgen den nicht real getilgten Teil der Forderung freiwillig abgetreten, so kann der Bürge die ganze Forderung gegen den Hauptschuldner geltend machen, weil die lex Anastasiana, auf welche sich die gegnerische Ansicht im gemeinen Recht stützt, im B. G. B. verschwunden und kein Grund ersichtlich ist, weshalb der Gläubiger den nicht getilgten Teil seiner Forderung an den Bürgen nicht sollte mit derselben Wirkung abtreten können wie an jede andere Person; dennoch verneint dies Endemann I. S. 867 Nr. 2 Anm., während es Cosack I S. 569 bejaht. Die Frage ist aber, ob im gedachten Falle der Bürge ohne Rücksicht auf freiwillige Abtretung seitens des Gläubigers auf Grund gesetzlicher Forderungsübertragung auch den ihm erlassenen oder vergleichsweise von ihm nicht zu entrichtenden Teil der Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner geltend machen kann, und auf diese wohl nur unrichtig gestellte Frage wird die Verneinung Endemann's zu beziehen sein. Wie Endemann zutreffend bemerkt, giebt das Gesetz durch die Worte: „soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt", dem gesetzlichen Rückgriff des Bürgen eine objektive Begrenzung, „nur, was der Bürge real geleistet hat, wächst ihm als Regressanspruch zu." Der Vorschrift der gesetzlichen Forderungsübertragung auf den Bürgen liegt offenbar die ratio zu Grunde, dem erfüllenden Bürgen ein bequemes und in den weitaus meisten Fällen ausreichendes Mittel zu geben, die zu Gunsten des Hauptschuldners gemachte Vermögensaufopferung diesem gegenüber wieder ausgleichen zu können. Diesem Zwecke des Gesetzes aber würde es widersprechen, wenn der Bürge die Forderung des Gläubigers, soweit sich dieser wegen derselben für befriedigt

erklärt hat, ohne dass der Bürge dieselbe durch eine entsprechende Vermögensaufopferung getilgt hat, gegen den Hauptschuldner sollte geltend machen können. Ob sich der Gläubiger dem Bürgen gegenüber für ein Nichts oder nur für ein Weniger wegen seiner ganzen Forderung für befriedigt erklärt hat, ist juristisch im Gegensatz zu realer Befriedigung gleichgültig. Deshalb geht bei der Leistung an Erfüllungsstatt die Forderung des Gläubigers auch nur in Höhe des realen Wertes des an Erfüllungsstatt geleisteten Gegenstandes auf den Bürgen über. Dagegen steht der Umstand, dass der Gläubiger dem Bürgen in Schenkungsabsicht die Forderung erlässt, der gesetzlichen Forderungsübertragung auf den Bürgen nicht entgegen. Denn nur scheinbar tritt hier eine reale Befriedigung, von welcher das Gesetz die Forderungsübertragung abhängig macht, nicht ein, weil nach den wahren Intentionen der Parteien die Schenkung an den Bürgen gerade so beurteilt werden muss, als wenn der Bürge an den Gläubiger geleistet hätte und letzterer das Geleistete sofort an den ersteren schenkweise zurückerstattete oder der Gläubiger dem Bürgen den zu seiner Befriedigung erforderlichen Betrag geschenkt hätte und dieser den erhaltenen Betrag zur Befriedigung des ersteren verwendete.

§ 10. Die gesetzliche Forderungsübertragung auf den Bürgen insbesondere.

Die gesetzliche Forderungsübertragung auf den Bürgen unterscheidet sich von der rechtsgeschäftlichen Forderungsabtretung wesentlich dadurch, dass die erstere nie zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden kann, vergl. § 774 Satz 2 B. G. B., während dies von der Forderungsabtretung nicht gilt, der Abtretende sich vielmehr eine zu seinem Nachteile ausschlagende Geltendmachung des Forderungsüberganges von dem Erwerber der Forderung gefallen lassen muss. Unter der ver-

botenen Geltendmachung zum Nachteile des Gläubigers ist jede Anspruchsverfolgung aus dem Grunde des von dem Gläubiger auf den Bürgen übergegangenen Rechtes, sei es gegen den Gläubiger selbst, gegen den Hauptschuldner oder einen Dritten zu verstehen, durch welche der Gläubiger einen Vermögensschaden erleidet oder in Zukunft zu gewärtigen hat. Dahin rechnet man — vergl. Planck Bem. 3 zu § 775 und Neumann Bem. 3 zu § 412 — die Inanspruchnahme des Gläubigers, ohne dessen Willen sich der Übergang der Forderung vollzogen hat, aus dem Grunde der Gewährleistung, ferner den Fall, dass gegen den Gläubiger aus dem Übergange eines Teiles der Forderung weitergehende Folgen gezogen werden als diejenigen, welche sich aus dem teilweisen Erlöschen der Forderung ergeben würden. In der letzteren Beziehung folgt aus dem in Frage stehenden Verbot, dass der Bürge, der nur Teilcessionar geworden ist, dem Gläubiger mit seiner Restforderung im Range nachsteht, was beim Vorhandensein von Pfandrechten, Hypotheken und sonstigen Vorzugsrechten von Bedeutung wird, sowie, dass derselbe im Konkurse des Schuldners nicht durch Geltendmachung seiner Teilforderung den auf die Restforderung des Gläubigers entfallenden Betrag verkürzen darf, vergl. Motive II S. 674 Anm. 2.

Hypotheken und Pfandrechte, welche für die Forderung des Gläubigers bestehen, desgleichen die Rechte aus einer für dieselbe bestellten Bürgschaft gehen auf den Bürgen in derselben Weise wie auf den Cessionar über, wie auch beide ein mit der Forderung für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht geltend machen können, arg. §§ 412, 401 B. G. B. Wie sich hierbei insbesondere das Recht des die Forderung des Gläubigers erwerbenden Bürgen gegen etwaige Mitbürgen gestaltet, wird im § 12 erörtert werden.

Andererseits unterliegt die gesetzliche Forderungsübertragung in mehrfacher Beziehung denselben Beschrän-

kungen wie die freiwillige Forderungsabtretung, und es ist der Schuldner dem Bürgen gegenüber in gleicher Weise geschützt wie bei freiwilliger Forderungsabtretung gegenüber dem Cessionar.

So unterliegen der gesetzlichen Forderungsübertragung auf den Bürgen so wenig wie der rechtsgeschäftlichen solche Forderungen, die der Pfändung nicht unterworfen sind oder bei denen die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann oder die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist, arg. §§ 412, 399, 400 B. G. B. Es kann auch der Schuldner dem Bürgen bei Geltendmachung der Forderung alle Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit des Überganges der Forderung auf den Bürgen gegen den Gläubiger begründet waren, arg. §§ 412, 404 B. G. B. Dass daneben der Hauptschuldner aus seinem konkreten Rechtsverhältnis zum Bürgen gegen denselben bei Geltendmachung der gesetzlichen Forderungsübertragung Einwendungen erheben kann, wurde schon dargelegt. Als eine gewisse Beschränkung der gesetzlichen Forderungsübertragung auf den Bürgen erscheint es endlich, dass dem Schuldner gestattet ist, mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung dem auf Grund der cessio legis Regress nehmenden Bürgen gegenüber aufzurechnen. Doch hat der Hauptschuldner diese Befugnis dann nicht, wenn er entweder bei dem Erwerbe der zur Aufrechnung gestellten Forderung Kenntnis von dem gesetzlichen Forderungsübergang auf den Bürgen hatte, oder die zur Aufrechnung gestellte Forderung sowohl nach dieser Kenntnisnahme als auch später wie die auf den Bürgen übergegangene Forderung fällig geworden ist, arg. §§ 412, 406 B. G. B.

Zum Schutze des Schuldners, der von dem Bürgen auf Grund der gesetzlichen Forderungsübertragung in Anspruch genommen wird, dienen mehrere Bestimmungen.

Dahin gehört, dass der Bürge zur Leistung nur gegen Aushändigung einer Urkunde verpflichtet ist, in welcher der Gläubiger die kraft Gesetzes erfolgte Übertragung der Forderung auf den Bürgen anerkennt, und dass derselbe eine Kündigung oder Mahnung nur anzunehmen braucht, wenn sie unter Vorlegung einer solchen Urkunde erfolgt, vorausgesetzt in beiden Fällen, dass der Gläubiger dem Schuldner die Forderungsübertragung nicht bereits schriftlich angezeigt hat, arg. §§ 412, 410 B. G. B. Hat ferner der Gläubiger dem Schuldner einmal angezeigt, dass die Forderung auf den Bürgen übergegangen sei, oder ist von dem Bürgen eine vom Gläubiger ausgestellte, den Bürgen als neuen Gläubiger bezeichnende Urkunde dem Schuldner vorgelegt worden, so muss der Gläubiger dem Schuldner gegenüber die angezeigte Forderungsübertragung gegen sich gelten lassen, auch wenn dieselbe überhaupt nicht oder nicht wirksam erfolgt sein sollte, und es kann die Anzeige nur mit Zustimmung des als neuen Gläubiger bezeichneten Bürgen zurückgenommen werden, arg. §§ 412, 409 B. G. B.

Besonderen Schutz geniesst der Schuldner gegenüber dem Bürgen, wenn er in Unkenntnis der geschehenen Forderungsübertragung auf den Bürgen gewisse Dispositionen über die Forderung getroffen hat. Zu diesen Dispositionen gehören eine auf die Forderung gemachte Leistung, ein in Ansehung derselben geschlossenes Rechtsgeschäft und das Erstreiten eines rechtskräftigen Urteils, und zwar kann sich der Schuldner auf ein über die Forderung ergangenes Urteil schon dann berufen, wenn er bei Eintritt der Rechtshängigkeit die Forderungsübertragung auf den Bürgen nicht gekannt hat. Es macht keinen Unterschied, ob der Schuldner die bezeichneten Dispositionen dem Gläubiger gegenüber vorgenommen hat, oder ob es sich dabei um einen Dritten handelt, welchem die auf den Bürgen bereits übergegangene Forderung nachher durch gerichtlichen Beschluss überwiesen wurde

oder dem gegenüber der Gläubiger eine gesetzliche Forderungsübertragung anerkannt hat, arg. §§ 412, 407 408 B. G. B.

Wie die gesetzliche Forderungsübertragung auf den Bürgen zu konstruieren ist, ist bestritten. Es handelt sich dabei um die Erklärung der Erscheinung, dass die Übertragung der Forderung an die Befriedigung des Gläubigers, also an einen Vorgang geknüpft ist, welcher sonst das Erlöschen der Forderung zur Folge hat. Man hat den Fortbestand der Forderung des Gläubigers auf einen Kauf derselben seitens des Bürgen zurückführen wollen, allein dies kann nicht der Grund dafür sein, weil meist der Gläubiger sowenig an einen Verkauf wie der Bürge an einen Kauf der Forderung bei Eingehung der Bürgschaft denken, die Übertragung sich auch dann vollziehen würde, wenn die Parteien die Absicht eines Kaufgeschäftes ausdrücklich ausschliessen würden, sodass die Annahme eines von den Parteien beabsichtigten Kaufes auf eine Fiktion hinausläuft. Auch aus dem Zwecke der Bürgschaft lässt sich die Fortexistenz der Forderung des Gläubigers nicht herleiten, weil dieser Zweck lediglich Sicherung des Gläubigers und nicht Erwerb einer Forderung für den Bürgen ist. Weiter kann auch der Konstruktionsversuch von La Roche S. 40 nicht befriedigen. Derselbe führt aus: „Es liegen an sich zwei Forderungsrechte gleichen Verhaltens vor mit zwei verschiedenen Rechtssubjekten auf der Schuldnerseite, die deshalb verschieden sind, weil der eine der Hauptschuldner, der andere der accessorische Schuldner für dieselbe Schuld ist. Befriedigt nun der Bürge den Gläubiger, so ist an sich die Obligation noch garnicht erloschen, denn der wahre Schuldner besteht noch, der wahre Schuldner ist auch das, was er schuldet, noch schuldig, nur die Accession ist erloschen“, Dies steht jedoch in Widerspruch mit der Natur der Hauptverbindlichkeit und der Bürgschaft als eines Gesamtschuldverhältnisses, wonach die Erfüllung

durch einen Gesamtschuldner auch für die übrigen wirkt. Alle Versuche, den Fortbestand der Forderung des Gläubigers nach Befriedigung des letzteren zu erklären, müssen daran scheitern, dass die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit durch den Bürgen das Erlöschen derselben mit derselben zwingenden Notwendigkeit herbeiführt, wie dies bei der Erfüllung durch einen Dritten der Fall ist. Demgemäss führen auch die Motive II S. 673 die gesetzliche Forderungsübertragung auf den Bürgen nicht auf ein logisches Prinzip zurück, sondern rechtfertigen dieselbe einfach aus Gründen der praktischen Zweckmässigkeit. Es beruht daher diese Forderungsübertragung lediglich auf einer Fiktion, und es ist nur ein Umweg, dieselbe auf einen natürlichen Rechtsgrund, z. B. einen Kauf zurückführen zu wollen, da auch die Annahme eines solchen nach obigem auf eine Fiktion hinausläuft. Dieser Ansicht ist auch Matthiass, dem jedoch insofern nicht beizutreten ist, als er auch für zulässig hält, die Forderungsübertragung auf den Bürgen als gesetzliche Neubegründung einer Forderung für den Bürgen mit genau dem gleichen Inhalt der durch Befriedigung erloschenen Forderung aufzufassen. Von Bedeutung wird dies bei der Frage der Verjährung der Forderung. Nach der hier vertretenen Ansicht der fingierten Fortexistenz der Forderung, die sich auch aus dem Wortlaut des Gesetzes rechtfertigt („übergeht") läuft die gegen den Gläubiger in Lauf gekommene Verjährung gegen den Bürgen fort, während sie nach der bekämpften Ansicht von neuem beginnen müsste.*

* Anm. Bezüglich der cessio legis von Ansprüchen nach dem B. G. B. ist von Joseph in Gruchot's Beiträgen XLII S. 7 die Ansicht aufgestellt, dass dieselbe die gegen den Rechtsvorgänger laufende Verjährung unterbreche und nur eine neue dreissigjährige Verjährung ermögliche. Diese Ansicht ist jedenfalls für die gesetzliche Forderungsübertragung auf den Bürgen nicht haltbar, wie a. a. O. S. 553 von Mantey mit zutreffenden Gründen ausgeführt wird und wie auch schon aus der oben erörterten Auffassung der cessio legis auf den Bürgen hervorgeht.

§ 11. Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner auf Grund besonderer Rechtsbeziehungen.

Von der gesetzlichen Forderungsübertragung abgesehen, ist für das Verhältnis zwischen dem Bürgen und Hauptschuldner lediglich das zwischen ihnen obwaltende konkrete Rechtsverhältnis massgebend. Aus dem letzteren kann sich für den Bürgen die Pflicht ergeben, was er an sich nicht braucht, dem Gläubiger gegenüber das Interesse des Hauptschuldners zu wahren, z. B. Rückfrage an ihn zu stellen, ehe er zahlt, ihm von der erfolgten Befriedigung des Gläubigers Anzeige zu machen, oder ihm den Streit zu verkünden. Dieses konkrete Rechtsverhältnis kann den Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner, aber auch den letzteren gegenüber dem ersteren schadensersatzpflichtig machen. Aus diesem besonderen Rechtsverhältnis kann insbesondere der Bürge, wie bereits im § 9 erwähnt, ein Rückgriffsrecht herleiten, dessen juristischer Inhalt sich von dem durch die cessio legis begründeten Rückgriff desselben unterscheidet. So kann der Bürge, der sich infolge Auftrages oder in auftragloser Geschäftsführung für den Hauptschuldner verbürgte, alle Aufwendungen ersetzt verlangen, die er den Umständen nach für erforderlich halten durfte, vergl. §§ 670, 683 B. G. B. War die Forderung des Gläubigers verzinslich, so kann der seinen Rückgriff auf cessio legis stützende Bürge ohne weiteres auch vom Hauptschuldner bis zu seiner Befriedigung Zinsen verlangen, während ein solcher Zinsanspruch, vom Fall des Verzuges abgesehen, durch den Auftrag zur Verbürgung oder durch die Übernahme einer solchen in auftragloser Geschäftsführung noch nicht begründet wird. Es ist auch der Bürge beim Rückgriff kraft cessio legis schlechthin allen Einwendungen und Einreden ausgesetzt, die für den Hauptschuldner gegen den Gläubiger zur Zeit des Forderungsüberganges auf den Bürgen, also im Augenblick der Befriedigung des

Gläubigers begründet waren, während dies bei der anderen Art des Rückgriffs nicht zutrifft; denn zahlte der Bürge, ohne die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden gegen den Gläubiger geltend zu machen, so kann ihm hieraus beim Rückgriff gegen den Hauptschuldner ein Nachteil nicht erwachsen, wenn er durch diese Unterlassung die ihm aus seinem besonderen Rechtsverhältnis zum Hauptschuldner erwachsenden Pflichten nicht verletzte, also meist dann nicht, wenn der Bürge die Einwendungen des Hauptschuldners in entschuldbarer Weise nicht kannte und ihm auch eine Pflicht zur Erkundigung nicht oblag. Der Bürge wird daher zweckmässig seinen Rückgriff, soweit dies zulässig ist, auf beide Arten begründen.

Besondere Bestimmungen enthält das B. G. B. für den Fall, dass das zwischen dem Bürgen und Hauptschuldner bestehende konkrete Rechtsverhältnis Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag ist. Zweifelhaft kann die rechtliche Tragweite des Auftrages zur Verbürgung sein, nämlich ob derselbe den Bürgen nur zur Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung verbindet, oder aber auch das Mandat in sich schliesst, gegebenen Falles den Gläubiger zu befriedigen. Die letztere Ansicht findet sich, allerdings ohne Begründung, in den Motiven II S. 673 ausgesprochen, dieselbe berührt sich auch mit der von Hasenbalg S. 673 für das gemeine Recht vertretenen Auffassung, dass der wesentliche Teil des zur Eingehung der Bürgschaft erteilten und angenommenen Auftrages der sei, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners zu erfüllen, und steht andererseits in Widerspruch mit der von Girtanner S. 529 vertretenen Ansicht, dass der Bürge den Auftrag zur Verbürgung nicht erst durch Befriedigung des Gläubigers, sondern schon durch Eingehung der Bürgschaft ausführe, dass derselbe zur Erfüllung nicht als Mandatar des Hauptschuldners, sondern, weil er aus dem Bürgschaftsvertrage vom Gläubiger dazu gezwungen werden könne, verpflichtet sei.

Dass die letztere Ansicht die richtige ist, wird nach den völlig überzeugenden Darlegungen Rothenberg's in Gruchot's Beiträgen 33 S. 364 kaum noch bezweifelt werden können. Mit Recht hebt derselbe hervor, die Ansicht der Motive beruhe auf einer Verwechselung der verschiedenen rechtlichen Beziehungen des Bürgen zum Gläubiger einerseits und des ersteren zum Hauptschuldner andererseits; der wesentliche Inhalt des dem Bürgen vom Hauptschuldner erteilten und von ersterem angenommenen Auftrages zur Übernahme der Bürgschaft bestehe darin, dass der Bürge dem Hauptschuldner verspreche, er werde dem Gläubiger versprechen, die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen; der Zweck des Bürgschaftsvertrages sei Sicherung des Gläubigers, also nicht Befriedigung desselben, weshalb auch der Auftrag zur Eingehung der Bürgschaft seinem Wesen nach nur auf Bestellung einer Sicherheit und nicht auf Befriedigung des Gläubigers gerichtet sei. Auch darin wird man Rothenberg zustimmen müssen, dass für die Frage, ob der Auftrag zur Verbürgung das Mandat zur Befriedigung des Gläubigers enthalte, lediglich der Parteiwille entscheidend sei, und dass im Zweifel der erstere das letztere nicht mitenthalte, weil das Mandat zur Erfüllung nicht aus dem Wesen des Auftrages zur Verbürgung folge. Praktisch bedeutsam wird der Unterschied beider Auffassungen, worauf von Rothenberg a. a. O. ebenfalls schon hingewiesen ist, für die Frage, ob dem Bürgen gegen den Hauptschuldner der Rückgriff auch bezüglich der aus dem Verzuge des Bürgen selbst erwachsenen Ansprüche des Gläubigers, insbesondere der durch die Rechtsverfolgung gegen den Bürgen entstandenen Kosten zusteht, was nach Rothenberg regelmässig zu bejahen ist, weil den (im Zweifel) nicht mit der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit als beauftragt anzusehenden Bürgen der Vorwurf auftragswidrigen Verhaltens gegen-

über dem Hauptschuldner aus der verspäteten Erfüllung nicht gemacht werden kann.

Mit der hier vertretenen Auffassung über das Wesen des Auftrages zur Verbürgung stimmt die für das römische Recht in l. 38 § 1 D. mandati 17,1 gegebene Vorschrift, dass der Bürge von dem Hauptschuldner Befreiung von der Bürgschaft verlangen kann, wenn der letztere die Befriedigung des Gläubigers ungebührlich verzögert oder sein Vermögen verschwendet, eine Vorschrift, die sich mit der Annahme einer für den Bürgen dem Hauptschuldner gegenüber bestehenden Verpflichtung zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit nicht vereinigen liesse. Auch das B. G. B. hat einen solchen Anspruch des Bürgen, der sich auch aus der Billigkeit rechtfertigt, für den Fall ausdrücklich anerkannt, dass sich der Bürge im Auftrage des Hauptschuldners oder in auftragloser Geschäftsführung für denselben verbürgt hat, womit die gemeinrechtliche Streitfrage entschieden ist, ob jener Anspruch bei jedem Bürgen — vergl. Windscheid II § 480, 3 — oder nur bei der Auftragsbürgschaft — vergl. Dernburg II § 80 1b — begründet sei. Das B. G. B. unterscheidet den Fall der fälligen und der noch nicht fälligen Hauptverbindlichkeit, indem im ersteren Falle dem Bürgen ein Anspruch auf Befreiung, im letzteren ein solcher auf Sicherheitsleistung gegeben ist, und hat die Voraussetzungen dieser Ansprüche im § 775 kasuistisch genau bestimmt. Diese Voraussetzungen, von denen jede einzelne für sich genügt, sind 1) wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners, 2) wesentliche Erschwerung der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner in Folge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners, 3) Verzug des Hauptschuldners mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit und 4) Erwirken eines vollstreckbaren Urteils auf Erfüllung gegen den Bürgen seitens des Gläubigers.

Zweifellos können die Parteien das Recht des Bürgen auf Befreiung und Sicherheitsleistung ausschliessen. Ob aber eine solche Vereinbarung darin zu erblicken ist, dass der Bürge mit dem Auftrage zur Verbürgung auch das Mandat zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners übernimmt, ist Frage der Auslegung des einzelnen Falles. Allerdings lässt sich das Recht des Bürgen auf Befreiung und Sicherheitsleistung nach der oben entwickelten ratio desselben bei der gleichzeitigen Übernahme des Auftrages zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit an sich nicht rechtfertigen. Da aber der Auftrag zur Zahlung wie jeder Auftrag nach § 671 B. G. B. von dem Beauftragten jederzeit, bei dem Vorliegen eines wichtigen Grundes sogar unzeitig und trotz eines Verzichtes auf das Kündigungsrecht gekündigt werden kann, so kann dem Bürgen jedenfalls in dem Falle rechtmässig geschehener Kündigung des Zahlungsauftrages beim Vorhandensein der Voraussetzungen des § 775 B. G. B. das Recht auf Befreiung bezw. Sicherheitsleistung gegenüber dem Hauptschuldner nicht abgesprochen werden. Hat sich der Bürge gegen den Willen des Hauptschuldners verbürgt, so hat er das Recht auf Befreiung und Sicherheitsleistung nicht.

§ 12. Rechtsverhältnis bei Mehrheit der Bürgen.

Bei der Mitbürgschaft, d. h. in dem Falle, dass sich mehrere für dieselbe Schuld verbürgt haben, interessiert zunächst das Verhältnis der Mitbürgen zum Gläubiger. Im gemeinen Recht galt in dieser Beziehung das römisch-rechtliche beneficium divisionis, wonach jeder Bürge nur auf einen Kopfteil unter den zahlungsfähigen Mitbürgern haftete. Im Anschluss an die neueren Kodifikationen des Zivilrechtes nimmt das B. G. B. den gerade entgegengesetzten Standpunkt ein, indem es für die Mitbürgen solidarische Haftung vorgeschrieben hat, vergl. § 769.

Diese solidarische Haftung der Mitbürgen würde sich im B. G. B. schon aus allgemeinen Grundsätzen ergeben, weil dieselbe sich bei getrennt und unabhängig von einander übernommener Verpflichtung der Mitbürgen von selbst versteht, weil ferner nach § 431 B. G. B. bei Unteilbarkeit der Leistung des Hauptschuldners stets, nach § 427 B. G. B. bei einer von mehreren gemeinschaftlich durch Vertrag übernommenen Verpflichtung zu einer teilbaren Leistung wenigstens im Zweifel ein Gesamtschuldverhältnis begründet wird. Natürlich kann Teilung der Haftung der Mitbürgen mit dem Gläubiger vereinbart werden.

Das Verhältnis der Bürgen unter einander anlangend erhebt sich die Frage, ob der Mitbürge, welcher den Gläubiger befriedigt hat, einen Rückgriff gegen die Mitbürgen nehmen kann. Dass ein solches Rückgriffsrecht unter den Mitbürgen durch Vereinbarung begründet oder ausgeschlossen, bezw. beschränkt werden kann, ist selbstverständlich. Ob abgesehen von einem zwischen den Mitbürgen bestehenden Vertragsverhältnis ein Rückgriff unter den Mitbürgen stattfinde, war im gemeinen Recht bestritten, da ihn das römische Recht nicht kennt. Dernburg II § 81, 2 ist allerdings der Ansicht, dass es garnicht einmal einer Klagencession des Gläubigers bedürfe, dass vielmehr die Forderung des Gläubigers gegen die Mitbürgen von Rechtswegen auf den leistenden Bürgen übergehe.

Ein ähnliches Resultat würde sich an sich aus dem Bürgschaftsrechte des B. G. B. ergeben, da der den Gläubiger befriedigende Mitbürge mit der kraft cessio legis auf ihn übergehenden Forderung des Gläubigers auch die Rechte gegen die übrigen Mitbürgen gemäss §§ 774, 412, 401 B. G. B. erwerben würde. Diese Konsequenz hat jedoch das B. G. B. ausdrücklich ausgeschlossen, indem im § 774 Abs. 2 B. G. B. bestimmt ist, dass Mitbürgen einander nur als gewöhnliche Gesamtschuldner haften. Hier-

nach sind die Mitbürgen im Verhältnis zu einander nur zu gleichen Anteilen verpflichtet, es ist aber, wenn von einem Mitbürgen der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden kann, der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Mitbürgen zu tragen. Dementsprechend lässt das Gesetz die Forderung des Gläubigers gegen die Mitbürgen auf denjenigen Mitbürgen, welcher den Gläubiger befriedigt hat, auch nur insoweit übergehen, als der letztere die Ausgleichung verlangen kann, so jedoch, dass die Forderung nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden kann, vergl. § 426 B. G. B.

§ 13. Beendigung der Bürgschaft.

Die Verpflichtung aus der Bürgschaft endigt aus den allgemeinen Gründen des Erlöschens von Schuldverhältnissen und aus den besonderen sich aus dem Bürgschaftsrecht ergebenden Gründen. Nur von den letzteren ist hier zu reden.

Aus dem Wesen der Bürgschaft als einer accessorischen Verbindlichkeit von der Hauptschuld folgt, dass das Erlöschen der letzteren aus irgend einem Grunde auch die Beendigung der Bürgschaft herbeiführt. Hieraus folgt, dass auch der Untergang der Hauptschuld infolge Erlasses des Gläubigers die Bürgschaft beendigt, im Gegensatz zu den gewöhnlichen Gesamtschuldverhältnissen, bei denen gemäss § 423 B. G. B. ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlass nur dann für die übrigen Schuldner wirkt, wenn die Vertragschliessenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten.

Erlischt die Bürgschaft auch dadurch, dass sie mit der Hauptschuld in einer Person zusammentrifft? Dies wird im gemeinen Recht im allgemeinen bejaht, für den Fall jedoch, dass die Bürgschaft wirksamer als die Hauptschuld ist, verneint, vergl. Girtanner S. 511 ffl., Hasen-

balg S. 161 ffl., Windscheid II § 480 Nr. 2. Erörtert wird diese Frage besonders im Hinblick auf den Fortbestand der Nebenrechte. In der l. 38 D. de solutionibus 46, 3 von Africanus wird ausgesprochen, dass die durch Pfandrecht versicherte Bürgschaft beim Zusammentreffen mit der Hauptschuld in einer Person fortbesteht, während von der durch Afterbürgschaft gesicherten Bürgschaft das Gegenteil gesagt wird. Auf Grund dieser Quellenstelle ist im gemeinen Recht bestritten, ob der Gläubiger bei der confusio von Hauptschuld und Bürgschaft das Recht aus einer Afterbürgschaft behalte, was Girtanner und Dernburg bejahen, Hasenbalg und Windscheid verneinen.

Vom Standpunkt des B. G. B. kann die gemeinrechtliche Theorie, nach welcher der Fortbestand der Hauptschuld allein oder der Bürgschaft allein angenommen wird, je nachdem die Bürgschaft wirksamer (plenior, potentior) als die Hauptschuld ist oder nicht, keine Anerkennung mehr finden. Mit dem im B. G. B. streng durchgeführten Prinzip der Accessorietät der Bürgschaft, welches zur Gültigkeit der Bürgschaft eine gültige Hauptschuld erfordert, ist der Gedanke unverträglich, dass bei dem Zusammentreffen von Hauptschuld und Bürgschaft nur die letztere, auch wenn sie durch ein Pfandrecht verstärkt ist, sollte fortbestehen können. Andererseits widerspricht doch auch die Annahme eines absoluten Unterganges der Bürgschaft im Falle einer confusio mit der Hauptschuld der Thatsache, dass nach allgemeiner Regel das Erlöschen von Obligationen nur durch Befriedigung des Gläubigers oder dadurch, dass sich der letztere für befriedigt erklärt, herbeigeführt wird. Dies führt zu der Auffassung, dass nach der confusio von Hauptschuld und Bürgschaft formal allerdings nur eine Obligation vorhanden ist, materiell aber in dieser äusserlich einheitlichen Obligation die beiden alten Schuldverhältnisse fortwirken, was von keiner praktischen Bedeutung ist, soweit sich die Leistungsgegenstände der alten Obligationen decken, dann aber

wieder hervortritt, wenn die Bürgschaft durch Nebenrechte versichert ist. Ein Unterschied der Behandlung von Pfandrecht und Afterbürgschaft in letzterer Beziehung lässt sich nach dem B. G. B. nicht mehr rechtfertigen. Diese theoretischen Erwägungen entsprechen auch dem thatsächlichen Verhältnis. Denn das Zusammentreffen von Hauptschuld und Bürgschaft ohne Willen des Gläubigers kann nur im Wege der Universalsuccession unter den Rechtssubjekten eintreten. Hierbei fliessen zwei bisher getrennte, an verschiedene Rechtssubjekte gebundene Vermögensmassen zusammen und knüpfen sich fortan nur an ein Rechtssubjekt. Da dem Gläubiger beide Vermögensmassen auch nach ihrer juristischen Vereinigung zur Befriedigung seiner Forderung dienen, so ist diese Vereinigung für denselben nur von formaler Bedeutung, vergl. hierzu auch Protokolle II S. 480 und Matthiass I S. 576 B.

Auf positiven Gesetzesbestimmungen beruhen dann noch zwei Endigungsgründe der Bürgschaft, welche dem gemeinen Recht fremd sind.

Einmal wird der Bürge nach § 776 B. G. B. von seiner Verpflichtung frei, wenn der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen aufgiebt, aus welchem der Bürge im Wege des gesetzlichen Regresses gemäss § 774 B. G. B. hätte Ersatz verlangen können. Hätte der Bürge aus dem aufgegebenen Rechte nur zu einem Teile Befriedigung nehmen können, so wird er auch nur insoweit frei. Dem Bürgen liegt der Beweis für den Eintritt eines solchen Befreiungsgrundes ob, da es sich um den Fortfall einer gültig begründeten Verpflichtung handelt, deren Fortdauer nach allgemeiner Regel vermutet wird. Zweifelhaft kann sein, ob diese Befreiung des Bürgen zur Voraussetzung hat, dass der Bürge aus dem Vermögen des Hauptschuldners oder anderen Nebenrechten der Forderung des Gläubigers Ersatz nicht erlangen kann. Wenn auch zugegeben werden muss, dass auch die letztere

Auffassung durch den Wortlaut des Gesetzes gedeckt wird, so wird man sich nicht für dieselbe entscheiden können, weil der fraglichen Bestimmung offenbar die ratio zu Grunde liegt, den Bürgen in seinem künftigen Regressanspruch zu sichern und vor Nachteilen durch Handlungen des Gläubigers zu bewahren, ein Zweck, der aber dann nicht mit Sicherheit erreicht würde, wenn der Bürge von dem Gläubiger unter Hinweis auf anderweitige, augenblicklich noch vorhandene Regressobjekte zur vollen Leistung gezwungen werden könnte. Der Bürge erlangt diese Befreiung auch dann, wenn das vom Gläubiger aufgegebene Recht erst nach Übernahme der Bürgschaft entstanden war, vergl. § 776 Satz 2 B. G. B.

Dieser Endigungsgrund der Bürgschaft hatte allerdings schon im gemeinen Recht Geltung, indem er eine Folge des allgemeineren Satzes war, dass der Bürge nicht in Anspruch genommen werden könne, wenn sich der Gläubiger bei der Eintreibung der Forderung eine Nachlässigkeit hatte zu Schulden kommen lassen. Die Begründung dieses seit der Glossatorenzeit aufgestellten Satzes ist streitig, indem er teils auf positive Quellenstellen, von anderen aber auf die den Bürgschaftsvertrag beherrschende bona fides zurückgeführt wird, vergl. Arndts § 357 Anm. 2. Dass dieser allgemeine Satz gegenüber der engeren positiven Bestimmung des § 776 B. G. B. keine Geltung mehr beanspruchen kann, kann nicht bezweifelt werden und ist besonders bei Planck zu § 776 ausführlich und zutreffend näher begründet worden. Deshalb kann insbesondere dem Gläubiger kein Nachteil daraus erwachsen, wenn er in Annahmeverzug gerät oder dem Hauptschuldner Stundung bewilligt und dann letzterer zahlungsunfähig wird. Auch ändert sich hieran nichts, wenn der Hauptschuldner nach der Stundung seitens des Gläubigers zahlungsunfähig wird und der Bürge infolgedessen die Einrede der Vorausklage verliert, vergl. hierüber das im § 6 Gesagte.

Sodann hat das B. G. B. noch den Zeitpunkt genau fixiert, in welchem die für eine bestehende Verbind-

lichkeit auf bestimmte Zeit übernommene Bürgschaft erlischt. Nach § 777 B. G. B. wird ein solcher Bürge, falls ihm die Einrede der Vorausklage zusteht, von seiner Verpflichtung frei, wenn nicht der Gläubiger die Einziehung der Forderung unverzüglich, d. h. gemäss § 121 B. G. B. ohne schuldhaftes Zögern in gesetzmässiger Weise mittelst Vorausklage nach § 772 B. G. B. betreibt, das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortsetzt und unverzüglich nach der Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzeigt, dass er ihn in Anspruch nehme. Steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu, so wird er schon dann frei, wenn der Gläubiger ihm nicht unverzüglich nach dem Ablauf der bestimmten Zeit die Anzeige macht, ihn in Anspruch nehmen zu wollen. Der Gläubiger hat, wenn er nach Ablauf der für die Bürgschaft bestimmten Zeit klagt, zu beweisen, dass er rechtzeitig und gesetzmässig gegen den Hauptschuldner vorgegangen sei, und dass er den Bürgen rechtzeitig von seiner Absicht, ihn in Anspruch zu nehmen, in Kenntnis gesetzt habe. Der Umfang der Haftung des Bürgen richtet sich bei rechtzeitig erfolgter Anzeige an denselben, wenn Vorausklage stattgefunden hat, nach dem Zeitpunkt der Beendigung des Verfahrens gegen den Hauptschuldner, bei nicht gesetzlich erforderter Vorausklage nach dem Zeitpunkt des Ablaufes der für die Bürgschaft bestimmten Zeit, vergl. § 777 Abs. 2 B. G. B. Diese Vorschriften gelten nicht, wenn sich der Bürge für eine künftige Verbindlichkeit auf bestimmte Zeit verbürgt hat. Hier ist vielmehr nach freier Auslegung des Parteiwillens zu bestimmen, wie lange der Bürge und in welchem Umfange er haftet. Hat sich endlich der Bürge auf unbestimmte Zeit für eine künftige Verbindlichkeit verbürgt, so ist nach den regelmässigen Parteiintentionen eine ewige Gebundenheit des Bürgen natürlich nicht anzunehmen und rechtfertigt es sich daher, in solchem Falle dem Bürgen im Zweifel die Befugnis zuzugestehen, die Bürgschaft nach Verlauf eines den Umständen nach abzumessenden Zeitraumes aufzukündigen, vergl. Oertmann, Bem. 1 c zu § 776.

§ 14. Der Kreditauftrag.

Unter Kreditauftrag versteht man im gemeinen Recht denjenigen Auftrag, nach welchem sich der Beauftragte verpflichtet, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu gewähren. Dass dabei der Auftraggeber im eigenen und nicht im Interesse des Beauftragten handelt, unterscheidet den Kreditauftrag von der unverbindlichen Raterteilung und blosser Empfehlung. Das römische Recht hat auf den Kreditauftrag zahlreiche Sätze des Bürgschaftsrechtes angewandt, der erste Titel des 46. Buches der Digesten sowie der 40. Titel im 8. Buche des Codex handeln gemeinschaftlich de fidejussoribus et mandatoribus. Eine Ähnlichkeit zwischen der Bürgschaft und dem aus dem Kreditauftrag entstehenden Rechtsverhältnis lässt sich nicht verkennen. Diese Thatsachen haben im gemeinen Recht zu der Ansicht geführt, dass Bürgschaft und Kreditauftrag juristisch zu identifizieren seien oder der letztere eine Form der ersteren bilde, wie besonders von Arndts § 353 und Windscheid II § 412, 2 behauptet wird. Ersterer führt insbesondere aus: „Der Kreditauftrag erfordere wesentlich nur den ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen für eine erst einzugehende oder schon bestehende (und noch weiter zu kreditierende) Schuld eines anderen zu haften; da nun dieser irgendwie in beliebiger Form erklärte Wille überhaupt den Begriff der Bürgschaft im heutigen Recht ausmache, so müsse jener immer eine wahre Bürgschaft enthalten, materielle Verschiedenheiten der durch Mandat begründeten und einer sonstigen Bürgschaft könnten daher nicht mehr angenommen werden. Wenn dieser Ansicht gegenüber doch auch, z. B. von Girtanner S. 540 und Dernburg II § 77 die Meinung festgehalten wurde, dass der Kreditauftrag ein juristisch selbständiges Rechtsgeschäft sei und erst nach seiner Ausführung das Verhältnis einer Verbürgung ähnlich werde, was in gewissen Beziehungen die Anwendung gleicher Rechtssätze rechtfertige, so wurde doch die erstere Ansicht von den Ver-

fassern des ersten Entwurfs des B. G. B. adoptiert und demgemäss in dem über die Bürgschaft handelnden Titel die Bestimmung über den Kreditauftrag im § 680 in folgender Fassung getroffen: „Hat jemand den ihm von einem anderen erteilten Auftrag, in eigenem Namen und für eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, angenommen, so ist das aus dem Vertrage entstehende Rechtsverhältnis, soweit nicht ein anderer Wille der Vertragschliessenden erhellt, nicht nach den Vorschriften über den Auftrag, sondern nach den Vorschriften über die Bürgschaft zu beurteilen."

Dieser Bestimmung des ersten Entwurfs liegt nach den Motiven II S. 682, 683 die Anschauung zu Grunde, dass der Auftrag zur Kreditgewährung regelmässig nicht eine Offerte zum eigentlichen Mandat enthalte, sondern nur den Verbürgungswillen zum Ausdruck bringe, und dass deshalb eine Bürgschaft (Kreditbürgschaft) begründet würde, wenn die Parteien nicht durch besondere Vereinbarung auf die Anwendung von Mandatsgrundsätzen hingezielt hätten.

Diese gesetzliche Normierung des Kreditauftrages würde zur Folge haben, dass beim schlechthin erteilten Auftrage zur Kreditgewährung mit der Annahme desselben noch garkeine rechtliche Verpflichtung entstände, dass daher unzeitige Kündigung des acceptierten Auftrages keine Schadensersatzpflicht nach Mandatsgrundsätzen begründen würde, vor allem aber, dass eine Ersatzpflicht des sog. Auftraggebers nicht entstehen würde, wenn der sog. Beauftragte an einen Geschäftsunfähigen Geld hingegeben hätte oder aus einem sonstigen Grunde aus der Hingabe eine gültige Verpflichtung des Empfängers zur Rückerstattung nicht entstanden wäre, da ja die Erstattungspflicht des „Auftraggebers" in Gemässheit der Bürgschaftsgrundsätze eine gültige Hauptverbindlichkeit erforderte. Die Unannehmbarkeit dieser Resultate musste zu der Erkenntnis führen, dass die Identifizierung des Kreditauftrages mit der Kreditbürgschaft mit dem im Wesen der

Sache begründeten Unterschiede beider Rechtsinstitute in Widerspruch steht, dass die Parteien beim Kreditauftrag mehr als eine blosse Kreditbürgschaft beabsichtigen. Die Fassung des ersten Entwurfs erfuhr denn auch scharfen Widerspruch, insbesondere von Rothenberg in einem Aufsatz über den Kreditauftrag im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 77 S. 321 ffl. Rothenberg, der auch in überzeugender Weise nachweist, dass sich die Auffassung der Motive über den Kreditauftrag nicht mit den römischen Quellen vereinigen lasse, hat a. a. O. S. 327 ffl. in durchaus zutreffender Weise das Wesen beider in Frage stehender Rechtsinstitute dahin präcisiert:

„a) Wesen und Zweck der Kreditbürgschaft, wie überhaupt jeder Bürgschaft, besteht in der Sicherstellung des Gläubigers wegen seines Anspruchs an einen Dritten. Die Absicht der Sicherstellung des Gläubigers (Kreditgebers) ist aber bei Erteilung des Kreditauftrages ganz ausserwesentlich und jedenfalls zunächst keineswegs vorherrschend, sodass das Verhältnis sich wohl der Bürgschaft nähert, nicht aber mit ihr zusammenfällt.

b) Das Kreditieren geschieht beim Kreditauftrage auf Veranlassung des Auftraggebers, während es für die Kreditbürgschaft ganz unerheblich ist, ob der Bürge den Anlass zur Kreditgewährung gegeben hat.“

Hiernach muss es als verfehlt erscheinen, wenn die Motive II S. 683 Abs. 2 den Kreditauftrag nur für eine äussere Form erklären, in welcher sich die Bürgschaftsleistung vollziehe. Der Kreditauftrag ist vielmehr ein selbstständiger Vertrag, in seiner juristischen Konstruktion gänzlich verschieden von der Kreditbürgschaft. Lediglich eine Ähnlichkeit im ökonomischen Zwecke liegt bei beiden Rechtsgeschäften vor, welche die Anwendung gleicher Rechtssätze in gewissen Beziehungen im römischen Recht erklärt und auch für das B. G. B. rechtfertigen musste. Wenn aber diese Ähnlichkeit in ökonomischer Beziehung, wie Dernburg mit Recht hervorhebt, erst mit der Ausführung des Kreditauftrages eintritt, so können auch die

Bürgschaftsbestimmungen nicht schon mit der Annahme des Kreditauftrages, wie nach dem ersten Entwurf eines B. G. B., sondern erst nach Ausführung desselben auf ihn zur Anwendung kommen.

Diese Erwägungen fanden bei den Beratungen der zweiten Gesetzgebungskommission Anerkennung — vergl. Protokolle II S. 486, — und dementsprechend ist die Bestimmung über den Kreditauftrag als § 778 in das B. G. B. in folgender Fassung übergegangen:

> „Wer einen anderen beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge".

Nach seinem inneren Wesen und nach seiner Entstehungsgeschichte ist daher der Kreditauftrag des B. G. B. als wahrer Auftrag aufzufassen, der seine Natur auch nach seiner Vollziehung nicht verliert, bezüglich dessen das Gesetz aber positiv bestimmt, dass die infolge der Ausführung des Auftrages entstehende, an sich nach den Regeln der actio mandati contraria zu beurteilende Ersatzpflicht des Auftraggebers nach den Grundsätzen der Bürgschaftshaftung beurteilt werden soll. Aus der Bestimmung, dass der Auftraggeber für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit als Bürge hafte, ist zu folgern, dass die Entstehung einer Verbindlichkeit aus der Kreditgewährung die Voraussetzung für die Anwendung der Bürgschaftsgrundsätze bildet, dass daher, wenn eine solche Verbindlichkeit wegen Geschäftsunfähigkeit des Kreditempfängers oder aus sonstigen Gründen nicht entsteht, die Rechtswirkungen des Kreditauftrages nach den Regeln des Auftrages zu beurteilen sind.

Aus dieser Konstruktion des Kreditauftrages ergiebt sich einmal, dass derselbe der für die Bürgschaftserklärung vorgeschriebenen Schriftform nicht bedarf, dass auf das Verhältnis bis zur erfolgreichen Ausführung, was insbesondere für Widerruf und Kündigung gilt, ausschliess-

lich die Regeln über den Auftrag Anwendung finden, sodann folgt aber auch daraus, dass selbst nach der Vollziehung des Kreditauftrages die Bürgschaftsgrundsätze nur in dem vom Gesetz angegebenem Masse Platz greifen. In letzterer Beziehung ergiebt sich aus der Natur des Kreditauftrages, dass der Auftraggeber, der infolge seiner gesetzlichen Haftung den Beauftragten befriedigt hat, sich nicht auf gesetzliche Übertragung bezüglich der Forderung des Beauftragten gegen den Dritten berufen kann. Denn es heisst im Gesetz nur, dass der Auftraggeber dem Beauftragten als Bürge „haftet", nicht aber, dass er thatsächlich Bürge ist. Der Auftraggeber kann daher auf den Dritten, den Kreditnehmer nur auf Grund des zwischen ihnen bestehenden besonderen Rechtsverhältnisses Rückgriff nehmen. Dagegen kann der Auftraggeber dem Beauftragten, der von dem ersteren Schadloshaltung wegen des dem Dritten gewährten Kredites verlangt, die Einrede der Vorausklage entgegenstellen, da natürlich der Auftraggeber mit denselben Beschränkungen wie der Bürge haftet.

Entgegen der hier vertretenen, auch von Oertmann geteilten Auffassung führt Neumann in der Bem. 2 zu § 778 aus:

„Nach der Kreditgewährung ist der Beauftragte Gläubiger, der Kreditnehmer Hauptschuldner, der Auftraggeber Bürge". Dies kann jedoch aus den erwähnten Gründen nicht für richtig gehalten werden. Der Ausdruck „als Bürge haften" ist ebenso wie der ähnliche „wie ein Bürge haften", — vergl. §§ 571 Abs. 2 1251 Abs. 2 B. G. B. — in Gegensatz zu stellen zum „Bürge sein". Der § 778 B. G. B. würde vom streng systematischen Standpunkt aus seinen Platz richtiger in dem vom Auftrage handelnden Titel des B. G. B. gefunden haben.